



# Asuntos Electorales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015

Tomo I  
Parte B





# **Asuntos Electorales**

## **Sección Quinta**

---

## **Rendición de Cuentas 2015**

---

**Tomo I**  
**Parte B**



República de Colombia  
**Consejo de Estado**  
Sección Quinta

**Asuntos Electorales Tomo I B**  
**Rendición de Cuentas 2015**

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidenta

**Rocío Araujo Oñate**  
Consejera de Estado

**Susana Buitrago Valencia**  
Consejera de Estado<sup>1</sup>

**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

---

<sup>1</sup> 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.



# Continuación **Sentencias** del Tomo I A

Susana Buitrago Valencia



# Contenido

## TOMO I PARTE A

### PRESENTACIÓN

Informe de Gestión 2015 <b>Sección Quinta Consejo de Estado</b> .....	17
---	----

### 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 .....	25
---	----

### 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.....	52
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 .....	62
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-0114-00 Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay Demandado: Senadores de la República.....	67
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00004-00 Actor: Ministerio de Educación Nacional Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....	72
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.....	79
Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01626-01 Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez Demandado: Contraloría General de la República .....	90
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00 Actor: Pablo Bustos Sánchez Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral.....	93
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00 Actor: Carlos Mario Isaza Serrano Demandado: Contralor General de la República .....	95
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.....	99
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00129-00 Actor: Pablo Bustos Sánchez Demandado: Contralor General de la República .....	102
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00010-00 Actor: Duván Andrés Arboleda Obregón Demandado: Universidad Surcolombiana.....	112

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 .....	115
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00 Actor: Carlos Mario Isaza Serrano Demandado: Contralor General de la República .....	118
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00 Actor: Iván Medina Ninco Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción del Huila .....	123
Aclaración a la sentencias Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00 Actor: Iván Medina Ninco Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila .....	144
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00 (S) Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas Demandado: Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío .....	149
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00 Actor: Iván Medina Ninco Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Huila.....	153
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.....	162
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00023-00 Actor: Federico González Campos Demandados: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial.....	181
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00026-00 Actor: William Efraín Castellanos Borda Demandado: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial .....	189
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00 Actor: Fredy Antonio Machado Lopez Demandado: Consejo De Gobierno Judicial .....	213
NULIDAD ELECTORAL – AUTOS	
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00027-00 Actor: Óscar Conde Ortiz Demandado: Universidad de la Amazonía.....	226
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 .....	235
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.....	253
Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00239-01 Actor: Yenis Castillo Quintana Demandado: Distrito Turístico y Cultural De Cartagena de Indias.....	270
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00 Actor: Jorge Basto Prada Demandado: Senador de la República .....	279
Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00343-01 Actor: Alfonso Álvarez Reales y otros Demandado: Universidad de Cartagena.....	287

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00023-00 Actor: Melquiades Atencia Gomez Y Otros Demandado: Representante Camara por el Departamento De Sucre .....	311
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 .....	338
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.....	362
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.....	396
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 .....	399
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00088-00 Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otros Demandado: Presidente de la República.....	418
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00091-00 Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otro Demandado: Vicepresidente de la República.....	436
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00 Actor: Pablo Bustos Sánchez Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral.....	453
NULIDAD – AUTOS	
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00009-00 Actor: Diego Andrés García Niño Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....	480
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00 Actor: Gloria Isaza Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	482
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00 Actor: Federico González Campos Demandado: Direccion Ejecutiva de Administracion Judicial.....	486
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00 Actor: Federico González Campos Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial .....	493
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00 Actor: Federico González Campos Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....	509
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00 Actor: Federico González Campos Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....	512
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00 Actor: Federico González Campos Demandado: Direccion Ejecutiva de Administracion Judicial.....	514

NULIDAD – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00138-00  
Actor: Luz Fanny García Ruiz  
Demandado: Consejo Nacional Electoral..... 520

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00  
Actor: Gloria Isaza  
Demandado: Consejo Nacional Electoral..... 533

NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00021-00  
Actor: Federico González Campos  
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial..... 551

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – AUTOS

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00017-01(C)  
Actor: Néstor Guillermo Cruz Cruz  
Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ..... 555

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00042-01  
Actor: Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Otra  
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio..... 560

PÉRDIDA DEL CARGO – AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00006-01  
Actor: Consejo Nacional Electoral  
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán..... 564

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (c)**

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 ..... 573

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..... 578

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..... 583

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..... 604

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00042-00  
Actor: Juan Luis Pérez Escobar  
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Sucre ..... 615

**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..... 624

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00 Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República .....	629
Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02808-03 Actor: Luis Agustín Castillo Zarate Demandado: Notario Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá.....	645
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 .....	652
Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00298-01 Actor: Eladio Antonio del Portillo Roncancio Demandado: Alcalde del Municipio de Tenerife .....	655
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00121-01 Actor: Eliana Marcela Montoya Román Demandado: Universidad de Antioquia .....	658
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.....	662
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00141-01 Actor: Astrid Castellanos Correcha Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....	666
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00114-00(S) Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay Demandado: Senadores de la República.....	669
<b>NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS</b>	
Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00047-00 Actor: Albeiro Adolfo Benítez Vargas Demandado: Universidad de la Amazonia.....	675
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00050-00 Actor: Wilson Pérez Blanquicet Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico.....	692
Radicación número: 10001-03-28-000-2014-00056-00 Actor: Yina Milena Pinzón Montero Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia .....	704
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00019-00 Actor: Rodrigo Becerra Angarita Demandado: Representante A La Camara por el Departamento de Caldas.....	713
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00022-00 Actor: Wilfrand Cuenca Zuleta Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila .....	723
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.....	737
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00021-00 Actor: Sergio David Becerra Benavides Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Amazonas .....	756
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00137-00 Actor: Gustavo Adolfo Sánchez Demandado: Magistrado Consejo Nacional Electoral.....	763

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 .....	774
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00 Actor: Adelaida Atuesta Colmenares Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.....	791
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00113-00 Actor: Jorge Basto Prada Demandado: Senador de la República .....	798
Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00734-01 Actor: Wilton Molina Siado Demandado: Concejal del Distrito de Barranquilla .....	805

## **TOMO I PARTE B**

### **Susana Buitrago Valencia**

#### NULIDAD – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00137-00 Actor: Gustavo Adolfo Sánchez Demandado: Magistrado Consejo Nacional Electoral.....	19
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 .....	31
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00 Actor: Adelaida Atuesta Colmenares Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.....	48
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00113-00 Actor: Jorge Basto Prada Demandado: Senador de la República .....	55
Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00734-01 Actor: Wilton Molina Siado Demandado: Concejal del Distrito de Barranquilla .....	62
Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00030-00 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	80

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 Actor: Édgar Humberto Silva González Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	103
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 Actor: Édgar Humberto Silva González Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	105

### **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 Cesar .....	110
---	-----

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00024-00  
Actor: Rubén Darío Bravo Rondón  
Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil..... 115

Radicación número: 81001-23-33-000-2015-00044-01  
Actor: Jhoan Javier Giraldo Ballén  
Demandado: Departamento de Arauca y otros ..... 119

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00130-00(S)  
Actor: Waldir Cáceres Cuero y otros  
Demandado: Contralor General de la República ..... 126

#### NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00134-00  
Actor: Wilton Molina Siado  
Demandado: Magistrados del Consejo Nacional Electoral ..... 133

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00  
Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño  
Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República ..... 151

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00043-01  
Actor: Luis Guillermo Céspedes  
Demandada: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca..... 162

#### NULIDAD - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00(S)  
Actor: Federico González Campos  
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial..... 174

### **Alberto Yepes Barreiro**

#### NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

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 ..... 179

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00001-00  
Actor: Carlos Julio Martínez Becerra  
Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia..... 185

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00  
Actor: Natalia Calderón Páez  
Demandado: Universidad Pedagógica Nacional ..... 201

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00012-00  
Actor: Florencio Candelo Estacio  
Demandado: Universidad del Pacífico..... 214

Radicación número: 4700-123-33-000-2013-00236-01  
Actor: Augusto Modesto Bermúdez Fula  
Demandado: Industria Licorera del Magdalena ..... 220

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00108-01  
Actor: Juan David Acosta Echeverry  
Demandado: Instituto Tecnológico del Putumayo..... 223

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00110-00  
Actor: Carlos Nery Lopez Carbone  
Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena ..... 227

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00 Actor: William Yesid Lasso Demandado: Rector de la Universidad Popular del Cesar .....	229
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-01 Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez Demandado: Contraloría General de la República .....	232
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00046-00 Actor: Manuel Yasser Paez Ramirez y Otros Demandado: Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura .....	237
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 .....	246
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 .....	256
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 .....	269
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 .....	285
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00023-00 Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros Demandado: Representante Cámara por el Departamento de Sucre .....	300
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00068-00 Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre .....	325
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00 Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas Demandado: Corporación Autónoma Regional del Quindío .....	340
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00062-00 Actor: Henry Hernández Beltrán y otros Demandado: Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. ....	357
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00 Actor: Natalia Calderón Páez Demandado: Universidad Pedagógica Nacional .....	399
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00543-01 Actor: Enrique Antonio Celis Durán Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores .....	414
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00542-01 Actor: Enrique Antonio Celis Durán Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores .....	425
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00008-00 Actor: Oriol Alberto Ramos Salazar Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia .....	445

NULIDAD - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00027-00	
Actor: Jaro Alberto Ramírez Santacruz	
Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil y otro .....	464

**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 .....	469

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 .....	473

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00(S)	
Actor: Adelaida Atuesta Colmenares	
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.....	482

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00070-00	
Actor: Natalia Calderón Páez	
Demandado: Universidad Nacional de Colombia .....	492

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 .....	494

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00(S)	
Actor: Carlos Mario Isaza Serrano	
Demandado: Contralor General de la República .....	500

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-01	
Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano	
Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca .....	506

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00003-00	
Actor: Ministerio de Educación Nacional	
Demandado: Universidad Nacional Abierta y a Distancia .....	515

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00(S)	
Actor: Jorge Basto Prada	
Demandado: Senador de la República .....	524

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00011-00	
Actor: Natalia Calderón Páez	
Demandado: Universidad Nacional de Colombia .....	530

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00	
Actor: Pablo Bustos Sánchez	
Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral.....	544

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 .....	548

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 .....	552

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-03	
Actor: Departamento de Arauca	
Demandado: Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Arauca.....	554

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.....	557
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01 Actor: Consejo Nacional Electoral Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán.....	562
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.....	567
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 .....	575
Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00045-00 Actor: Jose Julio Arboleda Sierra Demandado: Representante a la Cámara Por El Departamento De Antioquia .....	586
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00115-00 Actor: Juvenal Arrieta González Demandado: Senadores por la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas .....	590
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00065-00 Actor: Carlos Víctor López Romero Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar.....	602
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 .....	616
Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00112-01 Actor: Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y otro Demandado: Secretario de Gobierno del municipio de Pereira.....	642
Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-02 Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca .....	651
Radicación número: 1001-03-28-000-2015-00011-00 Actor: Natalia Calderón Páez Demandado: Universidad Nacional de Colombia .....	666
NULIDAD – SENTENCIAS	
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	681
Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	710
NULIDAD – SENTENCIAS	
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00139-00 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Demandado: Consejo Nacional Electoral.....	716

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00  
Actor: César Negret Mosquera  
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores ..... 744

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 (S)  
Actor: Édgar Humberto Silva González  
Demandado: Consejo Nacional Electoral..... 755

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00  
Actor: César Negret Mosquera  
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores ..... 763

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00  
Actor: César Negret Mosquera  
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores ..... 767

PÉRDIDA DEL CARGO – AUTOS

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01  
Actor: Consejo Nacional Electoral  
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán..... 773

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01  
Actor: Consejo Nacional Electoral  
Demandado: Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán..... 778

## AGRADECIMIENTOS

La Sección Quinta del Consejo de Estado agradece a los funcionarios que durante el año 2015<sup>1</sup> se emplearon a fondo en la labor que permitió entregarle al país resultados contundentes y oportunos en los temas que nos atañen.

## DESPACHOS

**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

### Auxiliar Judicial

Diego Andrés Chacón Rojas

### Judicante

Daniela Jiménez Carreño

### Conductor

Jesús Hermides Plaza Anacona

**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

**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 Urrutia Figueredo

<sup>1</sup> 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.

**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 Narváz 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\*





## NULIDAD - SENTENCIAS

### **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 vulneró 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”<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> El señor Camargo Assis es esposo de la señora María Paulina del Socorro Pineda García, quien es hija de la senadora conservadora García Bustos.

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”.

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 caso<sup>2</sup>. 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 pruebas<sup>3</sup>.

#### 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".

– 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 Administrativa 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,

2 Folios 132–142.

3 Folios 295–303.

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 CPACA<sup>4</sup>, esta Sala es competente para conocer en única

<sup>4</sup> “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

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 Jaimés (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”<sup>5</sup>.

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 Estado<sup>6</sup>.

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 Estado<sup>7</sup>, 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.

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 violación<sup>8</sup>, 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 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 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

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).

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.

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 2014<sup>9</sup> 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:

<sup>9</sup> Exp. 2013–00006

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

"[...]

Alguno preguntando: presentar un artículo sustitutivo del artículo 12, ya que comparados lo expuesto por el doctor Jesús Pérez González Rubio, en el sentido de que presenta una redacción un poco distinta y quisiera proponer la siguiente: ningún funcionario público que tenga facultad nominadora podrá designar a persona alguna con quien tenga vínculo de consanguinidad dentro del cuarto grado de consanguinidad, o que, ya que el artículo le permitiría al nominador designar a personas que se relacionan con los parientes de primer grado, segundo de afinidad y primero civil, también podrán ser elegidos a empleo público algunas personas ligadas por los lazos de parentesco consanguíneo 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.

Seguimos al artículo 12 hay incongruencia redacción que tendríamos totalmente el sentido, y es que cuando se refiere a que no podrán designarse parientes en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, evidentemente hay que poner que sean parientes hasta tercer grado de consanguinidad, porque si ponemos, quiere decir que los parientes no integran que son los de tercer grado, si se pueden designar, no se pueden designar pero si los papá y las mamá. Entonces ya uno 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 se perdieron la oportunidad, no puede ser nombrado, porque entonces, como ya lo dijeron 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 Yepes<sup>10</sup> 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:

"[...] 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 concurren 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.

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.

– 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 somérselo 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 Plena<sup>11</sup> dio por probado el cargo al encontrar que tal 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".

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 permisibilidad 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).

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 candidatas 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 12.842<sup>1</sup> 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 espectales 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 indígenas, 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 2014<sup>2</sup> 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 Público<sup>3</sup>. La solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados se negó.

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 Constituyente 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.

<sup>2</sup> Folio 185 – 187 del C. anexo.

<sup>3</sup> Folios 197 – 203 del C. anexo.

- 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 período 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 instancia<sup>4</sup> 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, aceptándola<sup>5</sup>. *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

<sup>4</sup> 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”, (fs. 223 – 230 expediente).

<sup>5</sup> 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 ordinaria<sup>6</sup>.
- 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 Sección<sup>7</sup>.

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 3<sup>8</sup> del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13–4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999<sup>9</sup>.

### 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.<sup>10</sup>

### 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 periodo 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)<sup>11</sup>.

- En el consolidado del formulario E–26 Senado se registró que la votación que obtuvo el partido que avaló a dicho candidato fue de 35906<sup>12</sup> votos.
- Resolución N° 18 de febrero 18 de 1992 expedida por el Consejo Nacional Electoral<sup>13</sup>, 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 1º 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”<sup>14</sup>

- 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 términos<sup>15</sup>:

“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 2012<sup>16</sup>:

“Artículo 1º 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

<sup>14</sup> Folios 076 –083 del expediente.

<sup>15</sup> Esta reforma fue autorizada por la Resolución N° 503 de 2011 expedida por el Consejo Nacional Electoral (fls. 269–315)

<sup>16</sup> Esta reforma estatutaria de aprobó por Resolución N° 4344 de 2012. (fls. 109–113), proferida por el Consejo Nacional Electoral.

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 – ASI<sup>17</sup> (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 las elecciones a celebrarse el 9 de marzo de 2014, período 2014 – 2018.<sup>18</sup>
- Aval otorgado por el representante legal del Partido Alianza Social Independiente (ASI) al señor Marco Anibal Avirama Avirama, para la circunscripción especial Indígena del Senado de la República<sup>19</sup>.

## 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<sup>20</sup> de la Constitución de

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Folios 175 del C. anexo

<sup>19</sup> Folio 179 del C. anexo

<sup>20</sup> “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"<sup>21</sup>.*

## 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 político<sup>22</sup>.

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 [...]"<sup>23</sup>. (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 estudiosos 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 parcial<sup>24</sup>, 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 bayan 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

<sup>24</sup> 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 inexecutableidad.

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.”<sup>25</sup>*

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<sup>26</sup>, 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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>*

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

<sup>27</sup> 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

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.*

(...)

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”.*

Abora 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 fin<sup>28</sup>.

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 exequible> 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”*

Abora 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 principios<sup>29</sup> y su misión<sup>30</sup>, a efectos de que éstos militen e integren el partido, no implica que su origen primigenio, se insiste, haya quedado desnaturalizado.

<sup>29</sup> 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."

<sup>30</sup> 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 concedido<sup>31</sup> 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)

<sup>31</sup> 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 Constitucional<sup>1</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>2</sup>, y esta Sección del Consejo de Estado<sup>3</sup>, 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 Constitucional<sup>4</sup>.

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 esta<sup>1</sup>, 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 empantanó el buen nombre de Colombia al permitir que desde el consulado de Colombia el candidato al congreso Jaime Buenahora, desarrollara su campaña” (fl. 1).

<sup>1</sup> 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 demanda<sup>2</sup>, 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 Carpetta, 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).

<sup>2</sup> 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 caso<sup>3</sup>.

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 2014<sup>4</sup> 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 2014<sup>5</sup>.

Mediante escrito del 12 de febrero de 2015 el doctor Pablo Bustos Sánchez presentó solicitud de coadyuvancia de la parte demandante<sup>6</sup>.

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 Consulado 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 CPACA<sup>7</sup>, 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, período 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

<sup>7</sup> “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)

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

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 Estado<sup>8</sup>, 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 certificaciones<sup>9</sup> 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,

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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

consanguineidad, 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 consanguineidad, 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 “compulsar 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 incurrido 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 *ibídem*.

#### 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 Política<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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 *ibídem* 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 causas 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)<sup>2</sup> 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 *“compulsa 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.

<sup>2</sup> 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 allegadas 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 3<sup>3</sup> del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13–4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999<sup>4</sup>.

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 Constitucional<sup>5</sup> 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 1° 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 1994<sup>6</sup> 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 Constitucional<sup>7</sup> 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 2011<sup>8</sup> 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).

<sup>6</sup> “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”

<sup>7</sup> Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>8</sup> “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:

- 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.

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 baga 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 caso<sup>1</sup>.

El día 22 de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA<sup>2</sup>. En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el objeto del litigio<sup>3</sup>. En esa misma diligencia,

<sup>1</sup> Folios 44–45.

<sup>2</sup> Folios 79–85.

<sup>3</sup> 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 hincapié 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.<sup>4</sup>

### 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.

<sup>4</sup> 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 desenfoque 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 las 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 parágrafo 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 atendería 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 CPACA<sup>5</sup>, 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 Barranquilla<sup>6</sup>, 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.

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> 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*

#### **Modificanse 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 correspondiente". 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"<sup>8</sup>. 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"<sup>9</sup>.*

*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".<sup>10</sup>

En este orden de ideas, la Sala estima que de acuerdo con la Constitución el funcionario, so pena de sanción por abuso del derecho<sup>11</sup>, 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 ballar 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"<sup>12a</sup>.

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.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993.

<sup>11</sup> 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(I)

<sup>12</sup> 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 Sección<sup>13</sup> 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*

*dicbo 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 (Fernei 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 Fernei 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.

<sup>13</sup> 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 entienda 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 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. 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”.<sup>1</sup>*

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 arrogue 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”*.<sup>2</sup>

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”*.<sup>3</sup>

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

<sup>1</sup> Folios 9 y 10.

<sup>2</sup> Josep Aguilo Regla, Sobre la Constitución del Estado Constitucional, Págs. 430 y 432.

<sup>3</sup> 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 constrañimiento 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 constrañimiento 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 constrañimiento 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 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

**VOTO EN BLANCO - Evolución normativa I / VOTO EN BLANCO - Efectos en el ordenamiento jurídico, en el sistema político y electoral colombiano / VOTO EN BLANCO - No es equiparable con el voto nulo o las tarjetas no marcadas**

Una de las primeras referencias normativas al voto en blanco se encuentra en el artículo 107 de la Ley 28 de 16 de mayo de 1979 "Por la cual se adopta el código electoral", que lo definía como el que "no expres[a] 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". Así, en aquél entonces en que el Estado no era quien entregaba directamente a los sufragantes el documento por medio del cual ejercer el voto, y en que no se reservaba una casilla para expresar que se votaba en blanco, se tenía por tal al que carecía de legibilidad y claridad en cuanto al nombre del candidato escogido, circunstancias estas que actualmente dan para tener por nulo el voto o eventualmente como no marcado.

La dicotomía anterior se eliminó con la expedición de la Ley 96 de 1985, que en su artículo 29 modificatorio del artículo 107 de la Ley 28 de 1979, dispuso: "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 cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo". Es decir, se dio eficacia jurídica al voto en blanco y se le definió como la expresión del elector en el sentido de no marcar nombre alguno o abiertamente decir que se votaba en blanco; igualmente se le confirió efectos jurídicos frente a la forma en que se debían asignar los escaños, ya que debía tomarse en cuenta para la determinación del cuociente electoral, lo que no solo significaba ser considerado como voto válido sino que también implicaba que los partidos y movimientos políticos debían contar con votaciones más altas para acceder al poder político, dado que el cuociente necesariamente iba a ser un poco mayor.

En 1986 se expide el Código Electoral, que en su artículo 137 expresa: "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 cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo". El artículo 3 de la Ley 62 de 14 de diciembre de 1988, ya alude a las tarjetas electorales como el instrumento empleado por los sufragantes para expresarse en las urnas, en el que se individualizan "el espacio que identifique al partido o agrupación política de su preferencia, o en el lugar previsto para votar en blanco;...". Al no introducir ninguna modificación a la misma opción que traían la Ley 96 de 1985 y el Código Electoral, el alcance normativo del tema continuaba igual.

En 1991 se promulga la Constitución Política que rige actualmente, cuyo artículo 258 original se refiere al voto como un derecho y un deber ciudadano, el cual se debe expresar en cubículos individuales por medio de tarjetas electorales. Para desarrollar la anterior disposición se expidió

la Ley 84 de 1993, que en su artículo 13 definía el voto en blanco, escogencia que debía contar con una casilla especial en la tarjeta electoral, pese a lo cual se le negaban efectos jurídicos, al punto que se disponía que "no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral". Sin embargo, esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional con Sentencia C-145 de 1998 tras establecerse que fue tramitada como ley ordinaria siendo una materia que tenía reserva de ley estatutaria.

Posteriormente se expide la Ley 163 de 31 de agosto de 1994, que en su artículo 17 estableció la mencionada opción política: "Voto en blanco es 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". Claramente el legislador ya distingue entre el voto en blanco y la tarjeta no marcada, y aunque al primero no se le atribuía expresamente ningún valor jurídico, bien importantes resultan las elucubraciones que en torno a ello hizo la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de la Ley 84 de 1993, frente a la expresión "el voto en Blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral", que declaró inexecutable igualmente por razones materiales.

**VOTO EN BLANCO - Evolución normativa II / VOTO EN BLANCO - Efectos en el ordenamiento jurídico, en el sistema político y electoral colombiano**

Haciendo eco de lo anterior el constituyente derivado expide el 3 de julio de 2003 el Acto Legislativo 01 –Reforma Política–, que además de hacer importantes modificaciones al sistema político colombiano y a la forma de distribuir las curules en las corporaciones públicas de elección popular, con su artículo 11 modificó el artículo 258 Superior en el sentido de precisar en cuanto al voto en blanco que: "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".

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2009 –Reforma Política–, modificó en lo pertinente este artículo 258 Constitucional cuyo contenido actual es 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 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".

La Sala, después de comparar este texto con el que traía el Acto Legislativo 01 de 2003, pudo establecer que se sustituyó la

expresión: “cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos”; por la fórmula: “cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”. Esto llevó a pensar que el constituyente había abandonado el concepto de mayoría absoluta ( $\frac{1}{2} + 1$ ) de la votación total válida como parámetro que ocasionara la realización de nuevas elecciones, para reemplazarla en adelante por una mayoría simple o relativa, por virtud de la cual la comparación del voto en blanco ya no se haría con la votación total válida, obtenida de sumar la recibida por todos los candidatos, por solo las listas y por los votos en blanco, sino respecto de la conquistada por cada una de las demás opciones políticas.

Esta última hermenéutica fue desestimada por la Sección Quinta al examinar la validez de la elección de representantes de Colombia al Parlamento Andino (2010-2014). Lo anterior encuentra respaldo, además, en la Sentencia C-490 de 23 de junio de 2011, “por medio de la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que ahora es la Ley 1475 de 14 de julio de 2011”, ya que del artículo 30 declaró inexecutable la expresión “cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”, con sustento en que: “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. [Pues] [m]ientras que la norma constitucional [A. L. 01 de 2009 art. 9º modificatorio art. 258 C. P.] impone una mayoría absoluta, el proyecto de ley estatutaria reduce el presupuesto a una minoría simple (sic), en clara vulneración de la norma constitucional”.

En este orden de ideas, si bien es cierto que de una “mayoría absoluta” prevista en el Acto Legislativo 01 de 2003, se pasó a solamente una “mayoría” en el Acto Legislativo 01 de 2009, pues se suprimió expresamente el adjetivo “absoluta”, ello en verdad no implicó una modificación sustancial en el tipo de mayoría que se requería, dado que como lo percibieron la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se siguió conservando la mayoría absoluta como factor determinante para que el voto en blanco pueda provocar la realización de nuevas elecciones, en atención a que la comparación debe cumplirse de cara a la votación total válida, más no respecto de los votos conquistados por cada una de las demás opciones políticas.

*Nota de Relatoría: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia de 9 de marzo de 2012. Expediente: 110010328000201000029-00. Actor: Hermán Gustavo Garrido Prada y otros. Demandados: Representantes por Colombia al Parlamento Andino 2010-2014. M. P. Alberto Yepes Barreiro.*

#### **VOTO EN BLANCO - Efectos invalidantes de las elecciones / VOTO EN BLANCO - En caso de obtener la mayoría requerida conduce a que la elección deba repetirse**

Con base en la evolución que en el ordenamiento jurídico interno ha tenido el voto en blanco, la Sección Quinta del

Consejo de Estado observó que: “...este ha tenido tres momentos diferentes: (i) el primero de ellos, en el que el voto en blanco carecía de cualquier tipo de efecto político, en la medida en que era equiparado a los votos nulos o a los no marcados; por demás, no era considerado ni en la papeleta ni en el tarjetón electoral; (ii) una segunda etapa, en la que adquirió un lugar específico en los tarjetones, de suerte que la ciudadanía podía expresamente hacer uso de esta modalidad de voto, algunas veces con un determinado efecto jurídico en la medida en que incidía directamente en el cociente electoral, y en otras sin ningún alcance, pero, en todo caso, no equiparable ni a los votos nulos ni a los no marcados, es decir, un voto válido y (iii) actualmente como un voto válido con la posibilidad de invalidar las elecciones de cualquier cargo de elección popular, siempre y cuando obtenga una determinada mayoría, con la consecuente repetición de la respectiva elección por una sola vez”.

La Sala, adicionalmente, concluye que el hecho de que el constituyente derivado le haya reconocido al voto en blanco efectos invalidantes de las elecciones bajo precisas circunstancias, significa que los ciudadanos en ejercicio aptos para votar no son convocados a las urnas únicamente para escoger entre distintos candidatos sino que, más allá de eso, la cita durante las jornadas democráticas tiene un propósito más amplio en la medida que al pueblo se le reconoce, por fin, la soberanía que la propia Constitución proclama en el artículo 3, y su efectivo derecho a participar en la adopción de las decisiones políticas que le conciernen (art. 2). El voto en blanco fue indudablemente robustecido con las Reformas Políticas adoptadas por medio de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, y su fortaleza estriba en que no solamente es un voto que permite expresar el inconformismo o la protesta frente al abanico de candidatos que se presentan a las elecciones, sino que simultáneamente se erige en un instrumento que bien puede llevar a la renovación de la clase política colombiana, comoquiera que en caso de obtener la mayoría requerida conduce a que la elección deba repetirse, pero excluyendo a todos los aspirantes a cargos unipersonales y a las listas que no hayan superado el umbral en la elección de corporaciones públicas.

#### **DIVULGACIÓN POLÍTICA - Concepto / PROPAGANDA POLÍTICA - Concepto / CAMPAÑA ELECTORAL - Conjunto de actividades que buscan dar a conocer el proyecto político del candidato, así como conquistar el apoyo de los electores**

La Ley 130 de 23 de marzo de 1994, en cuanto a la actividad de los partidos y movimientos políticos, que, por supuesto, comprende otras formas de organización política, dice que ellos pueden “hacer divulgación política y propaganda electoral por los medios de comunicación, ...” (art. 22). La divulgación política es entendida desde el punto de vista institucional, esto es desde la perspectiva de los partidos y movimientos políticos, y se encamina al hecho de dar a conocer los principios, programas y realizaciones de tales organizaciones, al igual que

su posición política frente a los asuntos de interés nacional; es decir, que por medio de ella la respectiva agrupación difunde los contornos axiológicos, teleológicos y programáticos que la caracterizan, publicidad que no puede encaminarse a obtener apoyo electoral para una jornada electoral en concreto sino que por el contrario busca la adhesión a su militancia, y que por su carácter abstracto "podrá realizarse en cualquier tiempo" (art. 23).

A su turno en cambio, la propaganda electoral es la que pueden realizar los partidos y movimientos políticos, y en general cualquier organización política, y sus respectivos candidatos y demás personas que se interesen en ello, con el cometido específico "de obtener apoyo electoral" (art. 24). Está ligada, por lo visto, a las campañas electorales emprendidas por los partidos y movimientos políticos y sus candidatos, no tanto con el ánimo de difundir la plataforma axiológica e ideológica de la correspondiente organización política, sino más exactamente con la finalidad de cautivar electores, para lo cual los aspirantes a cargos unipersonales pueden dar a conocer su programa de gobierno durante el período respectivo y los candidatos a corporaciones públicas pueden difundir la filosofía y pensamiento que se viven al interior de la organización.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 en cuestión, la legitimación para realizar propaganda electoral puede recaer tanto en "los partidos, los movimientos políticos y los candidatos a cargos de elección popular" como en "las personas que los apoyen", en ambos casos con el exclusivo fin "de obtener apoyo electoral". Sin embargo, en uno y otro caso la propaganda electoral "únicamente podrá realizarse durante los tres (3) meses anteriores a la fecha de las elecciones". Es decir, que si bien las personas naturales –para solo hablar de ellas–, pueden apoyar o participar directamente en la propaganda electoral de las campañas electorales, en todo caso deben hacerlo con sujeción a las reglas dispuestas al efecto, que es lo que significa la restricción temporal en cita.

Por otro lado, la Ley 996 de 24 de noviembre 2005, ofrece una definición de campaña electoral en el artículo 2º, que enseña: "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". En esta norma jurídica se conjugan, en lo que respecta a la elección de Presidente de la República, tanto la divulgación como la propaganda electoral, y se conciben como el conjunto de actividades que buscan dar a conocer el proyecto político del candidato, así como conquistar el apoyo de los electores para alzarse con la jefatura del Gobierno Nacional. Además, esta norma permite entender que la propaganda electoral es un elemento propio de las campañas electorales en la medida que las dos tienen un fin común: "obtener apoyo electoral".

Efectivamente, si la campaña electoral se concibe como todas aquellas actividades que realizan los partidos y movimientos políticos, así como los demás actores políticos tales como los grupos significativos de ciudadanos, movimientos sociales, etc.,

con miras a obtener el respaldo popular para sus candidatos el día de las elecciones, la propaganda electoral es, a no dudar, una pieza fundamental de la campaña electoral, ya que corresponde a las diferentes herramientas y métodos empleados para dar publicidad a los candidatos y a sus propuestas.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley 1475 de 2011, dice que la propaganda electoral es cualquier forma de publicidad desarrollada "con el fin de obtener el voto de los ciudadanos a favor de partidos o movimientos políticos, listas o candidatos a cargos o corporaciones públicas de elección popular, del voto en blanco, o de una opción en los mecanismos de participación ciudadana". Es decir, que la campaña electoral es, en esencia y acudiendo a la definición de la Real Academia Española, el "Conjunto de actos o esfuerzos de índole diversa que se aplican a conseguir un fin determinado", lo cual en el plano democrático consiste en las actividades publicitarias desplegadas por los candidatos y los partidos y movimientos políticos para que los ciudadanos en ejercicio depositen a su favor el voto, o para que se apoye la iniciativa impulsada por algún comité promotor, que en situaciones como la que alberga este expediente se materializan en el apoyo a la opción del voto en blanco.

Fuente formal: Ley 130 de 1994 - artículo 22 / Ley 130 de 1994 - artículo 23 / Ley 130 de 1994 - artículo 24 / Ley 906 de 2005 - artículo 2 / Ley 1475 de 2011 - artículo 35.

**VOTO EN BLANCO - Es presupuesto fundamental para que se pueda adelantar campaña electoral en su favor que se hayan inscrito ante la autoridad competente con ese preciso fin / INSCRIPCIÓN DE CAMPAÑA EN FAVOR DEL VOTO EN BLANCO - Sirve para formalizar el acto de apoyo a esa opción política / INSCRIPCIÓN DE CAMPAÑA EN FAVOR DEL VOTO EN BLANCO - Permite que los interesados en ello reciban los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña**

Es presupuesto fundamental para que se pueda adelantar campaña electoral en favor del voto en blanco por parte de las organizaciones políticas en general, esto es, por los partidos y movimientos políticos, por los movimientos sociales, por los grupos significativos de ciudadanos y por los comités promotores, que se hayan inscrito ante la autoridad competente con ese preciso fin; así lo determina, sin ambages la parte final del artículo 28 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, al prescribir: "Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece

para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”. Y es que la inscripción de la campaña a favor del voto en blanco no solamente sirve para formalizar el acto de apoyo a esa opción política, sino que igualmente permite que los interesados en ello reciban “los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña...”.

Aunque el precepto en cuestión tan solo alude al beneficio de la reposición de gastos, indudablemente los promotores del voto en blanco también se pueden ver beneficiados con los espacios gratuitos en radio y televisión de que habla el artículo 36 *ibidem*, que establece que dentro de los dos meses anteriores a la elección y hasta 48 horas antes de la misma, las agrupaciones políticas “que hayan inscrito candidatos y los promotores del voto en blanco, tendrán derecho a espacios gratuitos en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético...” (se resalta). Y, con mayor precisión el artículo 38 *ejusdem*, establece que: “Artículo 38. Promotores del voto en blanco y de mecanismos de participación ciudadana. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y grupos significativos de ciudadanos que promuevan el voto en blanco, en las campañas para cargos o corporaciones de elección popular, podrán realizar propaganda electoral en las mismas condiciones fijadas para las demás opciones a elegir respecto del mismo cargo o corporación, en la respectiva circunscripción”. También quienes promuevan la opción del voto en blanco y hayan inscrito oportunamente la respectiva campaña, al igual que cualquier otra campaña electoral, cuentan con la posibilidad de designar testigos electorales para ejercer la debida vigilancia a los procesos de votación y escrutinios, quienes asimismo podrán formular las reclamaciones contempladas en el Código Electoral e interponer los recursos que resulten procedentes contra las decisiones de las comisiones escrutadores.

Si al proceso de votación y escrutinios se han incorporado avances tecnológicos, como de hecho ocurre en la actualidad, los promotores del voto en blanco igualmente pueden designar auditores de sistemas para prevenir la ocurrencia de cualquier fraude electoral (art. 45 *ib.*). Según el artículo 54 de la Ley 1475 de 2011 la democracia debe fortalecerse desde los medios de comunicación, ya que son canales de información que tienen gran incidencia en la formación de la opinión de las personas. Sus servicios pueden ser contratados por cualquier campaña electoral, incluso por los promotores del voto en blanco, y de ello debe quedar registro para la posterior rendición de cuentas a que están obligadas todas las campañas, sin importar el candidato u opción política de que se trate.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 28 / Ley 1475 de 2011 - artículo 36 / Ley 1475 de 2011 - artículo 36 / Ley 1475 de 2011 - artículo 45 / Ley 1475 de 2011 - artículo 54.

**VOTO EN BLANCO - Es una más de las alternativas que encuentran a su disposición los ciudadanos al momento de ejercer el sufragio / VOTO EN BLANCO - Su ejercicio está sujeto a las reglas fijadas por el constituyente para las campañas electorales / CAMPAÑA ELECTORAL - Reglas tienen plena eficacia frente al voto en blanco**

El artículo 109 de la Constitución, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2009, por su parte, fija algunas reglas sobre las campañas electorales. Como quiera que la opción del voto en blanco es una más de las alternativas que encuentran a su disposición los ciudadanos al momento de ejercer el sufragio, es claro que cada una de las reglas allí fijadas por el constituyente tienen plena eficacia frente al voto en blanco, pues temas como la financiación, la reposición de votos y la transparencia en el origen de los recursos opera por igual frente a todas las campañas electorales, incluso la del voto en blanco.

Las reglas son:

- i) El Estado debe contribuir parcialmente a su financiación. Ello apunta a que la subvención económica de la actividad política, que con el paso del tiempo ha adquirido dimensiones considerables, corra en buena medida por cuenta del erario, con lo cual se busca auspiciar la participación política, mitigar la carga económica que ello implica para quienes inscriben sus candidaturas y emprenden campañas electorales y, en cierto modo, asegurarle a los candidatos electos un mayor margen de autonomía frente a las personas que apoyaron económicamente su aspiración política.
- ii) La financiación económica estatal se reconoce a quien haya obtenido un porcentaje mínimo de votación. Con ello se busca apoyar económicamente las candidaturas que verdaderamente tengan respaldo electoral.
- iii) Se puede limitar el monto máximo de gastos de campaña y de contribuciones privadas. Lo que interesa en la puja democrática es que los contendientes midan sus fuerzas ideológicas y políticas, y para ello se debe evitar al máximo que sea la capacidad económica de unos lo que incline la balanza electoral a su favor, pues resultaría en una contienda democrática desigual proscrita por el artículo 13 Constitucional. Frente a las contribuciones privadas dirá la Sala que su limitación es razonable a la luz de lo dicho arriba, esto es para impedir que los candidatos asuman compromisos económicos que una vez elegidos puedan llevar a que se les

limite la independencia necesaria para el buen gobierno en caso de cargos unipersonales, o para trabajar por la justicia y el bien común en caso de los miembros de las corporación públicas.

- iv) La violación de los topes máximos de financiación de las campañas dará lugar a la pérdida de la investidura en caso de los miembros de las corporaciones públicas, y a la pérdida del cargo para los elegidos en cargos unipersonales como alcaldes y gobernadores. Es una medida novedosa que corresponde a la condigna sanción para quienes sobrepasen los límites fijados por las autoridades electorales para la financiación de dichas campañas, la cual resulta razonable si se toma en cuenta que con ello se estaría vulnerando el ordenamiento constitucional, concretamente el principio de igualdad en el plano democrático.
- v) Se debe hacer rendición pública de cuentas sobre la cantidad, origen y destino de los recursos recibidos por la respectiva campaña. Es una evidente manifestación del principio de transparencia, pues busca dar a conocer los pormenores de los dineros recaudados por la campaña y la forma en que se gastaron. Además, permite ejercer control ciudadano sobre los candidatos elegidos, ya que de comprobarse que se sobrepasaron los límites establecidos para los gastos de la campaña se puede solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la pérdida de la investidura o la pérdida del cargo, según el caso.
- vi) Las campañas electorales no pueden recibir financiación económica de personas naturales o jurídicas extranjeras. Es una medida protectora de la soberanía nacional, que busca impedir la intromisión de capitales foráneos para la formación de la voluntad del electorado y, por supuesto, evitar que los cuadros de decisión política que se proveen por votación popular puedan quedar de alguna manera vinculados o atados a esa financiación extranjera, nociva para la gobernabilidad mediante la toma de decisiones independientes y autónomas.

Este recorrido normativo evidencia que la actividad política tanto para impulsar una determinada candidatura como para apoyar otras opciones políticas, como sería el voto en blanco, está sujeta a determinadas reglas; esto es, que las campañas y propagandas electorales tienen un marco jurídico preciso. Este no solamente busca potencializar el principio democrático mediante la adopción de medidas que faciliten la participación política. También propugna por el respeto de principios

constitucionales como el de la igualdad, con la fijación de reglas de carácter general, impersonal y abstracto, a cuya observancia están vinculados todos los actores políticos.

En este orden de ideas, está demostrado que los destinatarios del marco normativo de las campañas electorales son todas las organizaciones políticas, con personería o sin personería jurídica, llámense partidos o movimientos políticos, o movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, y por supuesto los comités promotores o comités independientes que se organicen con el fin de impulsar determinadas propuestas democráticas, entre ellas la opción del voto en blanco.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 109.

**CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultad reglamentaria / FACULTAD REGLAMENTARIA - Del Consejo Nacional Electoral está prevista con la finalidad de proveer sobre la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Función de policía administrativa le permite dictar actos administrativos de carácter general en los que se fijen medidas para llevar a cabo las atribuciones que le fueron conferidas**

La facultad reglamentaria del CNE es una habilitación que le entregó el constituyente a esa entidad de la Organización Electoral con el fin de que pueda expedir los reglamentos necesarios para hacer efectivas las atribuciones constitucionalmente asignadas, para lo cual debe cuidarse de no abarcar terrenos que tengan reserva de ley –ordinaria o estatutaria– y que por ello sean del resorte exclusivo del legislador, o de asuntos que corresponda desarrollar al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, la facultad reglamentaria con que el constituyente inviste al CNE está prevista con la finalidad de proveer sobre “la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle”, vinculados con las funciones que debe cumplir.

En cuanto a la función de control que el artículo 265 Superior le asigna a dicha entidad, la Sala considera que ella alude al deber que le incumbe en torno a hacer que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, así como los movimientos sociales, grupos significativos de ciudadanos y comités promotores, entre otros actores políticos, respeten las normas constitucionales y legales relativas al ejercicio de las actividades que ellos cumplen en el escenario democrático.

Al efecto es preciso tomar en cuenta conceptos como el poder de policía, la función de policía y la actividad de policía, consustanciales a las autoridades administrativas. La función de policía que se asocia a la facultad reglamentaria que tienen algunas entidades públicas, está representada en la posibilidad que tiene el CNE de expedir “la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle” sobre aquellas atribuciones que le otorgaron el constituyente y el legislador. Es decir, que la función de policía le permite a esa entidad de la Organización Electoral dictar actos administrativos de carácter general en

los que se fijen medidas para llevar a cabo las atribuciones que le fueron conferidas, medidas que únicamente pueden propender por hacer operativas las disposiciones jurídicas que rigen la materia.

Uno de los actos administrativos de carácter general que expidió el CNE en ejercicio de la función de policía administrativa, y por ende de la facultad reglamentaria que le asigna el artículo 265 Constitucional, es la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011 “*Por medio de la cual se regula la promoción del voto en blanco*”, que goza de presunción de legalidad, no ha sido anulada ni suspendida por esta jurisdicción, y fija reglas concernientes a: i) Deber de que los partidos o movimientos políticos con personería jurídica, así como los comités independientes integrados para ello, se inscriban ante la autoridad competente, a quienes se les prohíbe avalar candidatos para la misma elección (art. 1º); ii) Requisitos para la inscripción de las campañas promotoras del voto en blanco (art. 2º); iii) Término de inscripción de las campañas que promueven el voto en blanco (art. 3º); iv) Responsabilidades de los promotores de esa opción política (art. 4º); v) Unidad de la campaña de promoción del voto en blanco (art. 5º); vi) Inclusión en la tarjeta electoral de una casilla para votar en blanco según el partido o movimiento político, o comité promotor que lo incentive (art. 6º); vii) Propaganda electoral y acceso a medios de comunicación social (art. 7º); viii) Testigos electorales (art. 8º); ix) Rendición de cuentas de la campaña (art. 9º); x) Reposición de votos (art. 10º); xi) Sumas máximas a invertir en la campaña (art. 11); y, xii) Valor de reposición del voto en blanco (art. 12).

Y, la actividad de policía del CNE se materializa, entre otros actos, en el que se impugna con este medio de control, esto es la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, empleada por dicha entidad para prohibir que la campaña del voto en blanco en el departamento del Huila, en el marco de las elecciones atípicas de 14 de abril de 2013, se siguiera llevando a cabo porque se venía adelantando al margen de las disposiciones aquí mencionadas, y que para el accionante no eran aplicables en atención a que únicamente rigen para las agrupaciones políticas pero no para los ciudadanos, y a que quienes estaban autorizados para ello por su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C. P. art. 40).

Fuente formal: Constitución Política - artículo 265.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral / ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Resolución por la cual se adoptan medidas cautelares para el desarrollo en condiciones de plenas garantías de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Obró en ejercicio de sus atribuciones de policía administrativa electoral**

La Sala recuerda que el demandante califica de ilegal la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, expedida por el CNE, a través de la cual se prohibió la continuidad de la campaña

electoral a favor del voto en blanco, que se llevaba a cabo en el departamento del Huila en el marco de la elección atípica de gobernador a realizarse el 14 de abril de 2013, con fundamento en que se transgredió lo dispuesto en los artículos 40 y 258 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 2011, pues “quien en un debate electoral quiere expresar su insatisfacción con los candidatos, puede hacerlo sin necesidad de pertenecer a organización política alguna”. En opinión del actor no solamente se configura la causal de nulidad de infracción de norma superior, referida a las anteriores disposiciones, sino que también se materializan las causales de nulidad de desviación de poder y falta de competencia.

En el primer caso, porque el CNE valiéndose de sus facultades de vigilancia y control lo que pretendió fue favorecer la militancia en las organizaciones políticas. Y, en el segundo, porque tales atribuciones bien puede ejercerlas frente a las organizaciones políticas, pero no respecto de los ciudadanos que deciden voluntariamente divulgar propaganda electoral a favor del voto en blanco.

La Sala disiente de su tesis consistente en que las normas jurídicas alusivas a las propagandas y campañas electorales tan solo se aplican a las organizaciones políticas, esto es, a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, a los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos y a los comités promotores, entre otros, pero que no le son aplicables a las personas naturales que deciden, al margen de esas organizaciones que actúan como comités promotores o comités independientes, adelantar una campaña electoral de promoción del voto en blanco.

No se comparte dicha posición, porque la Sala pone de presente que según lo consagra el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 la promoción del voto en blanco solamente puede llevarse a cabo por los partidos y movimientos políticos y los comités independientes, es decir, por las organizaciones políticas, quienes para ello deben cumplir algunas exigencias, entre otras inscribirse ante la autoridad electoral competente para formalizar ese acto.

La Sala colige de lo argüido hasta ahora, que no es de recibo la afirmación del demandante en el sentido de que si la promoción del voto en blanco proviene de “ciudadanos sin afiliación a partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos...”, únicamente se aplica el Art. 40 de la C. P, ya que en la medida que se esté ante una propaganda electoral o campaña electoral que promuevan dicha opción, como de hecho lo verificó el CNE en el sub lite y no fue objetado por el actor, ella debe sujetarse a las normas constitucionales y legales que la gobiernan, en especial debe inscribirse la campaña para que la Organización Electoral pueda cumplir su misión de velar porque las reglas fijadas para todas las campañas se acaten. De lo anterior sin embargo no puede concluirse que la Sala esté negando eficacia a la garantía de libertad de expresión a título personal del individuo que decida manifestar en público respaldo al voto en blanco, pues en la medida que no lo

haga con carácter colectivo organizado, bajo la forma de una campaña o propaganda electoral, como de hecho sucedió en las elecciones atípicas para gobernador del Huila, nada se le puede reprochar a esa conducta.

Esto plantea la existencia de una delgada línea entre el legítimo derecho de los ciudadanos a respaldar públicamente el voto en blanco y el deber de hacerlo bajo la forma de un comité promotor, frontera que el operador jurídico debe definir en cada caso en concreto, como así acaeció en el sub lite en que se constató que se trató de una campaña electoral. Mucho menos se asume como cierta la afirmación de que el CNE "incurrió en falta de competencia" al expedir el acto demandado, puesto que para la Sala es claro que dicha entidad obró dentro del marco competencial consagrado en el artículo 265 Constitucional, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, que le impone el deber de inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de las organizaciones políticas, lo que por supuesto cobija las campañas electorales que los particulares pretendan adelantar por fuera del ordenamiento jurídico.

Además, quedó demostrado que el CNE obró en ejercicio de sus atribuciones de policía administrativa electoral, pues valiéndose del poder de policía fijado por el constituyente y el legislador en las normas examinadas en esta providencia, y de la función de policía reflejada en el reglamento contenido en la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011, la decisión asumida por medio de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 –acto acusado– verdaderamente corresponde a una típica actividad de policía administrativa, ya que tras verificarse que algunas personas habían emprendido una propaganda electoral y una campaña de apoyo a la opción del voto en blanco, sin haber inscrito el comité independiente respectivo, hizo respetar el marco normativo inobservado, para lo cual prohibió que esa campaña y su divulgación publicitaria continuara, impartiendo al efecto órdenes a los medios de comunicación y a los jefes del gobierno local de los municipios del departamento del Huila para que hicieran efectiva la medida.

Abundan las razones para desestimar las imputaciones que el señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra lanzó contra la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 expedida por el CNE, como quiera que la actuación desplegada por esta entidad no hizo más que garantizar la exigencia del marco normativo aquí mencionado, según el cual toda campaña electoral que se adelante para promover el voto en blanco debe previamente inscribirse bien por un partido o movimiento político con personería jurídica, por un movimiento social, por un grupo significativo de ciudadanos o por un comité independiente, deber que desatendieron las personas que impulsaban la propuesta de votar en blanco en las elecciones atípicas de gobernador a realizarse el 14 de abril de 2013. Por tanto, se negarán las pretensiones de la demanda.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 28.

Norma demandada: Resolución 977 de 2013 (20 de marzo) Consejo Nacional Electoral (no anulada).

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

Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá D. C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00030-00

Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra

Demandado: Consejo Nacional Electoral

La Sala, en atención a que se agotaron las diferentes fases del medio de control de nulidad simple, profiere fallo de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. DEMANDA**

**1. Pretensión**

El actor solicitó declarar:

*"Que es nula la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 del Consejo Nacional Electoral, 'Por medio de la cual se adoptan medidas cautelares para el desarrollo en condiciones de plenas garantías de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila del 14 de abril de 2013'".*

**2. Fundamentos de hecho**

Únicamente informó sobre la expedición del acto acusado.

**3. Normas violadas y concepto de violación**

Se invocaron los artículos 40 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 2011. Al respecto señaló que el acto acusado, que ordenó el retiro de propaganda electoral en pro del voto en blanco en el departamento del Huila, se expidió con apoyo en la Resolución 920 de 2013, que reglamentó la promoción de esa opción política.

Afirmó que conforme al artículo 40 Superior todos los ciudadanos pueden participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y que la calidad de ciudadano en ejercicio es condición *sine qua non* para ejercer el derecho al voto (art. 99 Ib.).

Agregó que el artículo 258 Constitucional, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, reconoce efectos

jurídicos al voto en blanco al determinar que si constituye mayoría deben repetirse las elecciones; y, que el derecho a votar en blanco se puede ejercer libremente, de suerte que *“quien en un debate electoral quiere expresar su insatisfacción con los candidatos, puede hacerlo sin necesidad de pertenecer a organización política alguna”*. (Negrillas del original).

Con base en lo dispuesto en los artículos 108 y 109 de la Constitución Política y 2º de la Ley 130 de 1994 y en ciertos apartes de la Sentencia C-089 de 1994, extrajo algunas conclusiones en torno a las diferencias existentes entre partidos y movimientos políticos y las demás organizaciones sociales tales como los movimientos sociales y los grupos significativos de ciudadanos, caracterizados los últimos por su aparición coyuntural en torno a un propósito político específico.

Expuso que contrario a lo dispuesto en el acto acusado, a los ciudadanos que no pertenecen a alguna organización social o partido o movimiento político alguno, no se les puede aplicar la Ley 130 de 1994 ni la Ley 1475 de 2011; ni se les puede imponer su permanencia o ingreso a tales organizaciones para *“poder ejercer el sufragio a favor de un candidato o del voto en blanco”*.

Respecto de la propaganda electoral precisó que consiste en *“la invitación que realiza cualquier persona con el propósito de influir en los resultados electorales mediante el convencimiento que se logre alcanzar en los electores”*. Que para el caso de elecciones de carácter popular es *“toda forma de publicidad realizada con el fin de obtener el voto de los ciudadanos”* y que para estos efectos cumple la función de *“informar y formar”* la opinión política de los mismos previa a la elección, pues permite a los electores conocer los aspectos favorables o negativos de quienes aspiran a ser elegidos o incluso respecto del voto en blanco *“sin importar quien lo difunda”*.

En su criterio, el ejercicio de la propaganda electoral no puede estar supeditado a que su difusión sea un derecho exclusivo de las organizaciones políticas porque *“también ese conocimiento puede ser adquirido por la difusión directa que realicen los ciudadanos interesados en las resultas del proceso electoral, que no pertenecen a partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos”*. Situación que permite que la expresión en las urnas se realice de forma objetiva y libre.

Sostuvo que el CNE aplicó erróneamente el artículo 35 de la Ley 1475 de 2011 al impedir con el acto enjuiciado la difusión de la propaganda electoral a favor del voto en blanco, puesto que ello solamente opera para los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Por tanto, si la promoción de dicha opción proviene de *“ciudadanos sin afiliación a partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos...”*, únicamente se aplica el artículo 40 Constitucional.

Denunció que el CNE se extralimitó al restringir la propaganda difundida por los ciudadanos a favor del voto en blanco, dado

que la misma entidad al expedir la Resolución 0920 de 2011 no reglamentó la promoción del voto en blanco por parte de los ciudadanos, sino exclusivamente de las organizaciones políticas como así se desprende del contenido de su artículo 1º.

Señaló que el CNE, basado en la Resolución 0920 de 2011 y en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, profirió la Resolución 977 de 2013 –acto acusado–, que extendió ilegalmente a los *“ciudadanos”* la restricción de difundir propaganda electoral a favor del voto en blanco, con apreciaciones como que *“solo los partidos y movimientos políticos que válidamente se hayan inscrito como promotores de la iniciativa pueden promover el voto en blanco, realizar la correspondiente campaña y desplegar propaganda electoral para tal efecto...”*.

Adujo que con ello se desconoció que en el ordenamiento jurídico interno no existe disposición que restrinja a los ciudadanos el ejercicio de ese derecho e insistió en que las normas regulatorias de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos no son aplicables para restringir tal derecho ciudadano, *“por lo que el Consejo Nacional Electoral al impedir la promoción masiva del voto en blanco por parte de ciudadanos no pertenecientes a organizaciones políticas incurrió en extralimitación de facultades”*.

También afirmó que la resolución demandada acusa desviación de poder porque valiéndose de la facultad para vigilar y controlar los procesos electorales, el CNE buscó favorecer la militancia en las organizaciones políticas al restringir el derecho que tiene todo ciudadano de promover el voto en blanco a través de cualquier clase de medio publicitario, sin necesidad de pertenecer a organización política alguna. Además, con ello esa entidad de la Organización Electoral *“incurrió en falta de competencia para restringir la facultad de los ciudadanos de divulgar propaganda electoral a favor del voto en blanco...”*.

## II. CONTESTACIÓN

La apoderada del CNE solicitó negar la pretensión de la demanda, para lo cual manifestó que esa entidad expidió la resolución que se pide anular no para impedir el libre ejercicio del derecho a promover el voto en blanco, sino para *“mantener equilibrio e igualdad frente a las opciones propuestas para las elecciones atípicas llevadas a cabo en el departamento del Huila, para elegir gobernador...”*.

Agregó que tampoco es cierto que con la expedición de la resolución acusada se hubiese incurrido en extralimitación de funciones, pues de conformidad con los artículos 113, 120 y 265 de la Constitución el CNE es un órgano de rango constitucional, autónomo e independiente, que cuenta con facultades para garantizar el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías, así como para preservar la eficacia y transparencia del voto. Destacó que en este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-142 de 2001 y que incluso mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 se le atribuyó la facultad de **control**

frente a la actividad proselitista, desarrollada con el artículo 28 *in fine* de la Ley 1475 de 2011.

En su criterio, la anterior norma reconoce a los promotores del voto en blanco los mismos derechos y garantías de las demás campañas electorales. Por esta razón el CNE, como verdadero órgano de policía administrativa de carácter electoral, regula, vigila y controla la actividad electoral de quienes promueven esta iniciativa, así como las acciones de toda organización electoral y de los procesos electorales en general.

Con relación a la presunta trasgresión del artículo 40 Constitucional, explicó que con la expedición de la Resolución No. 977 de 2013 no buscó propiciar la membresía de los promotores del voto en blanco a alguna organización política, sino preservar el equilibrio en la actividad política, ya que no es admisible que una campaña con ese cometido no respete las normas que la regulan, en especial que no se inscriba, que no se someta a las reglas concernientes a propaganda electoral, rendición de cuentas, topes de financiación, origen lícito de los recursos, etc.

En relación con la presunta vulneración del art. 35 de la Ley 1475 de 2011 argumentó que la propaganda electoral está regulada en los artículos 24 de la Ley 130 de 1994 y 35 de la Ley 1475 de 2011. Preciso que la propaganda es la forma de comunicación encaminada a influir en la población en general o en un grupo determinado. Que es el instrumento por medio del cual se busca el posicionamiento de un ciudadano u opción política como candidato, pues a través de ella, difunden de manera reiterada y masiva mensajes con el eslogan de la campaña, ya sea con fotografías del candidato, con el nombre del mismo, el cargo al que aspira o el período.

Señaló que el CNE, con fundamento en las potestades asignadas en el Acto Legislativo 01 de 2009, puede adoptar las medidas necesarias para contrarrestar los efectos que pueda producir la propaganda electoral por fuera de los límites establecidos por la Ley 130 de 1994, en virtud de la cual puede ordenar su remoción como medida preventiva e imponer las sanciones pertinentes.

Que en ejercicio de esas funciones el citado Consejo inició investigación administrativa y solicitó mediante oficio de 18 de marzo de 2013 a la Delegación Departamental del Huila certificara "*si para el proceso electoral a desarrollarse en ese departamento, se habían inscrito comités de promotores en apoyo a la iniciativa a favor del voto en blanco, esto con ocasión de la denuncia relacionada con la supuesta realización de propaganda electoral donde se manifestó la presunta vulneración de las normas electorales de propaganda electoral*". En respuesta se certificó que no se inscribió para el efecto comité promotor alguno.

Adujo que sumado a lo anterior recaudó fotografías, folletos y publicidad en línea, instaladas en espacios públicos y difundidos de manera generalizada, con base en la cual

concluyó que no se trataba de una "*campaña de voz a voz*", sino de una "*plataforma mediática de gran envergadura lo que a todas luces no constituye un apoyo individual a una iniciativa*". Que entonces, la candidatura del voto en blanco se realizó de manera generalizada y sin regulación.

Advirtió que el artículo 24 de la Ley 130 de 1994 define lo que debe entenderse por propaganda electoral, la cual puede ser realizada, entre otros actores políticos, por las "*personas que los apoyen*", lo cual comprende igualmente a quienes de "*una u otra manera optan por el perfil político al que hace referencia la propaganda de manera directa o indirecta*".

Después transcribió los artículos 5° de la Ley 9ª de 1989; 22, 23, 24 y 29 de la Ley 130 de 1994; 1° y 3° de la Ley 140 de 1994; 10° de la Ley 163 de 1994; y, 28, 34, 35 y 38 de la Ley 1475 de 2011 y concluyó que la regulación de la campaña del voto en blanco no es el resultado de un capricho del CNE, pues tiene fundamento en ese espectro normativo.

Destacó que si bien la Ley 1475 de 2011 posibilita la promoción del voto en blanco, no delimita claramente el marco dentro del cual sus promotores pueden válidamente realizar dichas actividades y obtener, en consecuencia, las mencionadas prerrogativas.

Adujo que los artículos 34 y 38 de la citada ley, al regular la financiación y rendición pública de cuentas de las campañas electorales:

*"...equipara el conjunto de actividades realizadas con el propósito de convocar a los ciudadanos a votar en un determinado sentido, con la que promueve abstenerse de hacerlo, y en este sentido encontraría respaldo afirmar, que la iniciativa a favor del voto en blanco, es una clara campaña de abstención en contra de otros candidatos en contienda, con lo cual le son aplicables las obligaciones relativas a la financiación y rendición pública de cuentas, pues es una forma de participación en la votación aun cuando no avale un proyecto electoral en específico, y en el artículo subsiguiente, la misma normatividad al referirse específicamente a los promotores del voto en blanco expresa: 'podrán realizar propaganda electoral en las mismas condiciones fijadas para las demás opciones a elegir' de lo que podría nuevamente afirmarse que para este tipo de iniciativa se aplica todo lo que ha de aplicarse para las campañas que tienen como fin apoyar candidatos de carne y hueso".*

Agregó que para controlar el ejercicio de la actividad de promoción del voto en blanco el CNE expidió la Resolución 0920 de 2011, con base en la cual se dictó el acto demandado, que se ocupó de aspectos tales como requisitos mínimos de inscripción, término para ello, topes de gastos y responsabilidades de los promotores de esa iniciativa democrática. Igualmente estableció que sus promotores tendrían derecho a financiación

estatal de la campaña, vía reposición de votos, si alcanzaban unos porcentajes mínimos de votación equivalentes a los que rigen para las campañas ordinarias, y previa presentación de los informes de ingresos y gastos, la acreditación de un sistema de auditoría interna, y la observancia de sumas máximas de gastos.

Señaló que se ordenó la inclusión en la tarjeta electoral de una casilla que permitiera identificar los comités independientes que se inscribieran como promotores del voto en blanco, entre otras razones, para que cada ciudadano pueda manifestar su intención de voto y a fin de que el CNE logre identificar los votos válidamente depositados por cada uno de los comités promotores y proceder a su reposición.

Concluyó que con la Resolución 0920 de 2011 la promoción del voto en blanco pasó a ser una actividad reglada. Que el CNE nunca ha confundido a los promotores del voto en blanco con los partidos o movimientos políticos, ni tampoco con los grupos significativos de ciudadanos. Lo único que hizo con ese acto fue establecer a los mencionados promotores requisitos mínimos para cumplir su propósito.

Sostuvo que esa entidad de la Organización Electoral expidió la Resolución 0977 de 2013 –acto demandado–, para prevenir que *“se siguiere difundiendo de manera irregular, propaganda electoral de promoción del voto en blanco”*. Expuso que al comprobarse que se estaba divulgando de manera indiscriminada propaganda electoral (en cuñas, vallas, publicaciones en medios escritos y apariciones en medios de comunicación), a favor del voto en blanco para las elecciones atípicas para la gobernación del departamento del Huila, sin atender las disposiciones de la Ley 1475 de 2011 y la Resolución 0920 del mismo año, entendió que dicha actividad *“trastornaba las condiciones de igualdad del certamen electivo y alteraba el equilibrio que debe guardar con las campañas electorales de ordinario, las que al estar válidamente inscritas, deben adelantar sus actividades observando las normas electorales que le rigen, acatando las condiciones de la propaganda electoral que despliegan, respetando los límites a los montos de financiación, registrando su contabilidad y rindiendo cuentas de campaña”*.

Afirmó que las medidas cautelares adoptadas en el acto acusado no conllevan privación al legítimo derecho que tiene toda persona, en uso de su libertad de expresión y elección, de manifestar sus opiniones o preferencias políticas o de promocionar y difundir sus ideas, porque no coartan el derecho de promover el voto en blanco sino que buscan prevenir el desarrollo irregular de la propaganda electoral, por estar por fuera del marco normativo que la regula.

Finalmente, frente al cargo de desviación de poder expuso que el actor no demostró que la motivación del acto demandado persiguiera fines ajenos a la función pública y de policía administrativa, ni desvirtuó con tal propósito los argumentos expuestos por la resolución acusada.

### III. COADYUVANCIA

Los señores Camilo Alejandro Mancera Morales y Frey Alejandro Muñoz Castillo, con escrito radicado el 11 de diciembre de 2013<sup>1</sup>, coadyuvaron la solicitud de nulidad de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 proferida por el CNE, cuya motivación consideran desconoció los preceptos superiores en que debió fundarse, y que incurrió en falsa motivación y desviación de poder, además de vulnerar los derechos políticos de los ciudadanos del departamento del Huila, *“situación que eventualmente podría replicarse en otros procesos electorales”*.

Destacaron que en las elecciones atípicas para elegir gobernador del departamento del Huila no se inscribió ningún partido, movimiento político o comité para promover el voto en blanco y como candidato únicamente se inscribió Carlos Mauricio Iriarte Barrios, avalado por la coalición entre los partidos Liberal, Conservador y Cambio Radical.

Acudieron al contenido de los artículos 258 de la Constitución y 137 del Código Electoral, que se refieren al voto en blanco, para luego señalar que entre 1986 y 2002 esa opción política solo era tenida en cuenta para obtener el cuociente electoral. Agregaron que los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 modificaron el artículo 258 de la Constitución, preceptos que en lo atinente al voto en blanco fueron desarrollados por el inciso 5° del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Además, que el CNE para reglamentar la facultad legal otorgada a los partidos y movimientos políticos y a los comités independientes de ciudadanos para promover el voto en blanco, expidió la Resolución No. 920 de 2011.

Al igual que el actor, sostuvieron que ninguna disposición jurídica prohíbe a los ciudadanos promover o publicitar esta forma de intención de voto, porque el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 se refiere a los partidos y movimientos políticos, así como a los comités de ciudadanos que se inscriban con ese fin. Que independientemente de ello, siempre ha existido la posibilidad de votar en blanco, cosa que no sucede con los candidatos de los partidos o movimientos políticos quienes deben inscribirse dentro de la contienda electoral para que figuren en la tarjeta y puedan hacer campaña.

Por lo tanto, continúan los coadyuvantes, es derecho constitucional y legal de todos los ciudadanos promocionar el voto en blanco sin que pueda exigírseles la conformación de una agrupación política debidamente inscrita ante la organización electoral, toda vez que ello representa una legítima manifestación democrática de inconformidad política, cuya existencia no puede estar sujeta o condicionada a que alguien la promocióne.

Afirmó que el CNE con la resolución demandada incurrió en falsa motivación y desviación de poder, que configuran su nulidad porque desconoció los preceptos superiores en que debió fundarse, y no tuvo en cuenta los mandatos contenidos en

<sup>1</sup> Folios 211 a 221.

los artículos 20 y 40 de la Constitución Política que establecen como un derecho de todo ciudadano divulgar de manera libre sus ideas y convicciones políticas sin necesidad de pertenecer a una agrupación política.

Además, que esa Corporación incurrió en una *"indebida calificación jurídica de las normas que regulan el ejercicio del voto en blanco en Colombia, error de derecho que limitó el derecho a divulgar las ideas políticas por parte de los ciudadanos habitantes del departamento del Huila"*. En especial de la Resolución No. 0920 de 2011 y del inciso 5° del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 porque bajo una interpretación restrictiva y prohibitiva consideró que *"solo los partidos y movimientos políticos que válidamente se bayan inscrito como promotores de la iniciativa pueden promover el voto en blanco..."*.

Sostuvieron que la anterior prohibición no se *"extrae"* de una interpretación exegética del texto normativo, sino de una posición subjetiva de la autoridad electoral, que olvida que a pesar de que no existió inscripción de promotores del voto en blanco, esta opción estaba vigente en la contienda electoral por ser una *"institución democrática primigenia que puede ser divulgada a través de actos de propaganda electoral por todos aquellos ciudadanos que vean en dicha opción una posibilidad de cuestionamiento a la moralidad, transparencia y responsabilidad del ejercicio de la política"*. Es decir, que las reglas de la Ley 1475 de 2011 solamente se aplican a las agrupaciones políticas o comités de promotores que se inscriban con la intención de hacer esa promoción.

Por último, respecto de la indebida motivación que afecta al acto demandado expusieron que el CNE excedió sus facultades de policía en atención a que las medidas adoptadas no se compadecen con los fines constitucionales y legales que regulan el voto en blanco, y por el contrario limitaron la capacidad que tienen los ciudadanos para divulgar de manera libre el voto en blanco sin necesidad de pertenecer a una agrupación política.

#### IV. AUDIENCIA INICIAL

Esta diligencia se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2014 (fls. 303 a 311), con la presencia del Procurador 7° Delegado ante el Consejo de Estado, el demandante Pedro Felipe Gutiérrez Sierra, el coadyuvante Frey Alejandro Muñoz Castillo y el apoderado del CNE. Allí se determinó que el trámite adelantado no ameritaba ninguna medida de saneamiento, que no se habían propuestos excepciones que debieran resolverse y que el único hecho de la demanda, que compartió la parte demandada, era el relativo a la expedición del acto censurado. El litigio, luego de algunas intervenciones de los sujetos procesales, quedó fijado en estos términos:

*"1. ¿Las personas naturales, que no hacen parte de una organización política ni de un comité promotor, pueden válidamente adelantar actividad electoral de promoción al voto en blanco, sin que deban inscribir esa actuación que desarrollarán?"*

*"2. ¿La Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, que a modo de medida cautelar sujetó al previo cumplimiento o atención a unas reglas y parámetros las actuaciones de promoción al voto en blanco en las elecciones atípicas de Gobernador del Huila de 14 de abril del mismo año, vulneró los artículos 40 y 258 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 14 de julio 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.'?"*

En la audiencia inicial se tuvieron como pruebas los documentos allegados por las partes y no fue necesario decretar otras porque las partes nada pidieron al respecto. Así, se prescindió de la audiencia de práctica de pruebas y se ordenó correr traslado a las partes por el término de 10 días para que formularan sus alegatos de conclusión, escrito que de inmediato aportó el apoderado del CNE.

#### V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del CNE, con escrito allegado el mismo día de la audiencia inicial (fls. 313 a 321), presentó sus alegatos de conclusión. Insistió en la constitucionalización de la entidad demandada y sus nuevas atribuciones con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009, en especial la del numeral 5° del artículo 265 Superior, referida a que los procesos electorales deben cumplirse en condiciones de plenas garantías, así como la de controlar la actividad electorales de los partidos y movimientos políticos.

Precisó que el nuevo marco constitucional permite afirmar que el CNE es *"un verdadero órgano de policía administrativa de carácter electoral"*, quien debe asegurarse de que en las elecciones se cumplan los principios y deberes relacionados con esos certámenes, para lo cual debe adoptar medidas que puedan calificarse de proporcionales, encaminadas también a proteger la *"moralidad o ética en las relaciones de orden electoral"*, que cobijan por igual a los partidos o movimientos políticos debido a que si bien se califican como personas de derecho privado, últimamente vienen recibiendo cada vez más funciones asignadas por el ordenamiento jurídico, quienes además reciben recursos públicos.

Señaló que las medidas aquí cuestionadas se fundamentan *"en la protección del principio democrático de rango constitucional en el que se funda nuestro Estado..."*. Además, se hallan sustentadas en el Acto Legislativo 01 de 2009, que asignó al CNE el control de toda la actividad electoral, norma que es de aplicación directa y no necesita desarrollo legal.

Finalmente, insistió en que la decisión demandada es una medida de policía administrativa, que a la luz del artículo 2° del CPACA podía aplicarse en forma inmediata, la cual contó con la debida motivación.

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado, con escrito presentado el 18 de noviembre de 2014 (fls. 324 a 340), recomendó en su concepto que se nieguen las pretensiones. De entrada se enfocó en que todo lo concerniente a la reglamentación de funciones electorales no está a cargo de un órgano administrativo como el CNE, sino que es del resorte exclusivo del Congreso de la República por medio de una ley estatutaria, que exige unas mayorías especiales y que perdura mucho más en el tiempo.

Consideró enseguida que el acto acusado no se expidió *“con el ánimo de restringir el ejercicio del derecho al voto en blanco a la ciudadanía residente en el departamento del Huila...”*, y que tampoco corresponde a la reglamentación de la propaganda electoral. Se apoyó en las diferentes competencias que el artículo 265 Constitucional le atribuyó al CNE.

Precisó que la promoción del voto en blanco está reglamentada en los artículos 28.3 y 35 de la Ley 1475 de 2011 y en la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011 del CNE, que no ha sido suspendida ni anulada por esta jurisdicción; y, agregó que en ello resulta importante propaganda electoral. Señaló, además, que el acto acusado se basó en estas disposiciones pero más especialmente en la *“función de control”*, que obliga a esa entidad a velar por el cumplimiento de las normas de partidos y movimientos políticos. Por tanto, adujo el colaborador fiscal que:

*“De conformidad con la normatividad vigente, en todos los eventos en los que se pretenda que la ciudadanía opte por el voto en blanco en un proceso electoral, quien lo promueva ha de someterse a las prescripciones legales y reglamentarias que le regulan y, desde esa perspectiva no puede una persona natural motu proprio válidamente adelantar una campaña electoral de promoción al voto en blanco no solo por lo considerado de manera antecedente sino por cuanto que dentro de un estado de derecho la persona no está sustraída de cumplir la Constitución, la Ley y los reglamentos, a ellos se somete obligatoriamente y en el caso de las campañas electorales, incluida la del voto en blanco, no se exceptúa”.*

Además, sostuvo el procurador delegado que la opción del voto en blanco puede asumirse de dos formas. Una, por la íntima convicción de cada elector; y otra, por la inducción que otros pueden ejercer sobre el votante, evento este que no permite ignorar la normativa que regula la materia. Por ello, *“cuando la campaña electoral de promoción al voto en blanco se torna pública como aconteció en el caso del departamento del Huila en los que la promoción se hizo al público en general la misma debe sujetarse a los mandatos legales”*. Así, concluyó el agente del Ministerio Público que el primer interrogante queda respondido en forma negativa.

En cuanto al segundo interrogante con el que se fijó el litigio el procurador delegado se remitió a lo dispuesto en los artículos

40 y 258 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 2011, para luego afirmar que los derechos derivados del artículo 40 no son absolutos ya que el legislador bien puede fijar ciertas restricciones, las que no pueden estar a cargo del CNE. Sin embargo, esta entidad solamente actuó en ejercicio de la función de control que le asignó el constituyente derivado y con el acto impugnado no hizo nada distinto a someter lo ocurrido en el departamento del Huila al imperio de la Constitución y la ley.

Sostuvo, además, que de no haber actuado el CNE habría permitido que la campaña por la opción del voto en blanco se llevara a cabo sin control alguno, con la vulneración de reglas como los topes de las campañas, el origen de los recursos y la rendición de cuentas, entre otras, en fin violando el principio de igualdad frente a todas las campañas electorales. Así, concluyó que el segundo cuestionamiento también se debería despachar negativamente.

El demandante Pedro Felipe Gutiérrez Sierra, con escrito allegado a la secretaría de la Sección Quinta el 20 de noviembre de 2014 (fls. 341 a 356), no hizo nada distinto a *“reiterar la argumentación expuesta en la demanda...”*, motivo por el cual la Sala se atiene a la dicho en la síntesis de la demanda.

Los coadyuvantes Camilo Alejandro Mancera Morales y Frey Alejandro Muñoz Castillo, con escrito presentado el 20 de noviembre de 2014 (fls. 357 a 364), reprodujeron en buena parte el escrito por ellos allegado al momento de constituirse como terceros dentro de este proceso. El documento trae como argumentos novedosos que si se quiere restringir el ejercicio de la promoción del voto en blanco, ello debe hacerse por medio de una ley estatutaria, ya que las funciones electorales deben regularse por ese tipo de leyes, tal como lo dispone el artículo 152 de la Constitución.

Agregó que el acto acusado, que calificó como una limitación al derecho de apoyar el voto en blanco, interpretó erróneamente las normas en que se apoyó, por lo siguiente:

*“Esa limitación no es acorde con una interpretación sistemática del artículo 40 y 258 constitucional, así como de la Ley 1475 de 2011 en sus artículos 28 y 35, dado que lo que trae la ley es una **posibilidad adicional** para que quienes promocionen el voto en blanco tenga (sic) la oportunidad de competir en condiciones de igualdad frente a las demás campañas políticas, a través del sistema de reposición de votos y acceso privilegiado a espacios de divulgación política. Y a su vez los partidos y movimientos políticos con personería jurídica puedan realizar campaña a favor del voto en blanco.*

*De esta manera, contrario a lo establecido por el Consejo Nacional Electoral a través de la Resolución*

977 de 2013, el voto en blanco puede ser promocionado por los ciudadanos individualmente considerados y en su calidad de personas naturales, toda vez que:

1. No existe prohibición legal al respecto.
2. La regulación frente a la propaganda electoral no hace acepción de personas.
3. La opción del voto en blanco, sin que se inscriba una agrupación política como promotora, estará vigente en la contienda electoral, al ser una institución democrática primigenia amparada a nivel constitucional.

Por lo anterior, no le es dable a ninguna Autoridad de la República exigir a los ciudadanos que promuevan el voto en blanco, asociarse políticamente para tal propósito, pues, como ya se advertía, el ingreso a las organizaciones políticas y el derecho de asociarse en nuestro Estado Social de Derecho es libre".

Concluido el término para alegar de conclusión, el expediente entró al Despacho para emitir sentencia de única instancia, a lo cual se procederá previas las siguientes:

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

##### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de la presente demanda de nulidad simple se deriva del artículo 149 numeral 1º del CPACA<sup>2</sup>, en armonía con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 – Reglamento Consejo de Estado–, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

##### 2. Prueba del Acto Acusado

La Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 "Por medio de la cual se adoptan medidas cautelares para el desarrollo en condiciones de plenas garantías de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila del 14 de abril de 2013", expedida por el CNE, se anexó en copia auténtica y obra de folios 19 a 35, cuya parte resolutive enseña:

*"Artículo Primero. Para garantizar el desarrollo del certamen electoral en condiciones de plenas garantías, adóptense las siguientes medidas cautelares<sup>3</sup>:*

- 2 Según esta disposición el Consejo de Estado conoce en única instancia, entre otras cosas, de las demandas "...de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden."
- 3 La Sala precisa que la expresión medidas cautelares indudablemente está asociada a decisiones provisionales o precautelativas, que se definen por la Real Academia Española como: "Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo"; y, que según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo pueden ser de distinta

1. Ordenar a los alcaldes y a los miembros de la policía nacional (sic) de los municipios que componen la circunscripción electoral del Departamento del Huila, que procedan con el retiro, decomiso o supresión inmediata de toda propaganda electoral que se encuentre en los espacios públicos del territorio de su competencia, y que se encuentre relacionada con la campaña de promoción del voto en blanco en [el] marco de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila a celebrarse el 14 de abril de 2013.

2. Ordenar a todos los operadores y concesionarios de espacios de radio y de televisión, la suspensión inmediata de todas las emisiones de propaganda electoral que se encuentre relacionada con la campaña de promoción del voto en blanco en [el] marco de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila a celebrarse el 14 de abril de 2013.

3. Exhortar a la comunidad del Huila en General, en especial a quienes de manera irregular se encuentran promoviendo la campana (sic) del voto en blanco, para que se abstengan de desplegar, producir y propagar propaganda electoral que se encuentre relacionada con la campaña de promoción del voto en blanco en [el] marco de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila a celebrarse el 14 de abril de 2013.

*Artículo segundo. Publíquese, por conducto del señor Gobernador, el presente acto administrativo en el Departamento del Huila.*

*Comuníquese a las autoridades encargadas de dar cumplimiento a la misma, así como a los operadores y concesionarios de espacios de radio y televisión.*

*Artículo tercero. Contra la presente resolución no procede recurso".*

##### 3. Problema Jurídico

El señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra demandó la nulidad de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, expedida por el CNE, por medio de la cual se prohibió continuar con la campaña de promoción del voto en blanco en las elecciones atípicas de gobernador del departamento del Huila del 14 de abril de

indole: preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión (Art. 230). Es decir, que en esencia no son actos definitivos ya que no adoptan ninguna decisión final sobre la materia en cuestión. Pues bien, aunque el Consejo Nacional Electoral empleó la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 para implementar algunas medidas cautelares en las elecciones atípicas para gobernador del departamento del Huila, es claro que esa entidad acudió a una nominación inadecuada, ya que por su naturaleza es innegable que lo dispuesto con ese acto administrativo no tuvo carácter provisional sino definitivo, en cuanto impidió que se continuara con la campaña a favor del voto en blanco. Por tanto, la Sala despeja toda duda en torno a la naturaleza jurídica del acto cuyo juicio de legalidad se acomete enseguida, el cual es verdaderamente un acto administrativo pasible de examen bajo el medio de control de nulidad simple.

2013, a través de medidas tales como: i) Ordenar a los alcaldes e integrantes de la Policía Nacional de los municipios que integran esa circunscripción electoral que retiraran la respectiva propaganda; ii) Ordenar a los operadores y concesionarios de espacios de radio y televisión la suspensión inmediata de la publicidad relacionada con esa campaña; y iii) Exhortar a la comunidad vinculada con la promoción de esa campaña a que no continuara con la misma.

El demandante encuentra ilegal este acto administrativo por estar en oposición a lo dispuesto en los artículos 40 y 258 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 2011, pues *“quien en un debate electoral quiere expresar su insatisfacción con los candidatos, puede hacerlo sin necesidad de pertenecer a organización política alguna”*. (Negrillas del original). Es decir, que a las personas naturales interesadas en promover el voto en blanco no se le pueden aplicar las medidas restrictivas establecidas en las citadas normas jurídicas y en la Resolución 920 de 2011 del CNE, ya que fueron consagradas por el legislador frente a las organizaciones políticas pero no respecto de los ciudadanos, quienes sobre esa materia únicamente se rigen por el artículo 40 Superior.

El CNE expresó su desacuerdo con la tesis del demandante y para ello se refirió a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que le permiten ejercer función de control frente a la actividad proselitista, con miras a salvaguardar el equilibrio y la igualdad entre las diferentes opciones políticas. Señaló que actuó bajo ese marco normativo después de constatar que en efecto en el territorio del departamento del Huila se venía adelantando una campaña política de promoción del voto en blanco, que no se había inscrito formalmente y que estaba por fuera del marco legal que rige a toda campaña electoral, la cual se venía difundiendo por medios escritos, en la radio, la televisión e internet.

En este contexto el problema jurídico a resolver es el siguiente: ¿Las personas naturales, que no hacen parte de una organización política ni de un comité promotor, pueden válidamente adelantar actividad electoral de promoción al voto en blanco, sin que deban inscribir esa actuación que desarrollarán? Para ello, la Sala empleará una metodología en la que dividirá el estudio de la siguiente forma: i) Evolución del voto en blanco; ii) Régimen jurídico de las campañas electorales y sus destinatarios; iii) Funciones del CNE en torno a las campañas electorales; iv) Caso concreto.

#### 4. Evolución del voto en blanco en Colombia

Una de las primeras referencias normativas al voto en blanco se encuentra en el artículo 107 de la Ley 28 de 16 de mayo de 1979 *“Por la cual se adopta el código electoral”*, que lo definía como el que *“no expres[a] 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”*. Así, en aquél entonces en que el Estado no era quien entregaba directamente a los sufragantes

el documento por medio del cual ejercer el voto<sup>4</sup>, y en que no se reservaba una casilla para expresar que se votaba en blanco, se tenía por tal al que carecía de legibilidad y claridad en cuanto al nombre del candidato escogido, circunstancias estas que actualmente dan para tener por nulo el voto o eventualmente como no marcado.

La dicotomía anterior se eliminó con la expedición de la Ley 96 de 1985 *“Por la cual se modifican las leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 29 modificatorio del artículo 107 de la Ley 28 de 1979, dispuso: *“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 cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo”*. Es decir, se dio eficacia jurídica al voto en blanco y se le definió como la expresión del elector en el sentido de no marcar nombre alguno o abiertamente decir que se votaba en blanco; igualmente se le confirió efectos jurídicos frente a la forma en que se debían asignar los escaños, ya que debía tomarse en cuenta para la determinación del cuociente electoral, lo que no solo significaba ser considerado como voto válido sino que también implicaba que los partidos y movimientos políticos debían contar con votaciones más altas para acceder al poder político, dado que el cuociente necesariamente iba a ser un poco mayor.

El 15 de julio de 1986, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 96 de 1985, expide el Código Electoral, que en su artículo 137 expresa: *“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 cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo”*. Al comparar esta definición con la del artículo 107 de la Ley 96 de 1985, se aprecia que es idéntica, razón por la cual no cabe comentario diferente sobre el particular.

El artículo 3º de la Ley 62 de 14 de diciembre de 1988 *“Por la cual se modifica la Ley 96 de 1985 y el Decreto número 2241 de 1986 (Código Electoral)”*, que adicionó el artículo 114 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, y que se refiere a las elecciones para Presidente de la República, ya alude a las tarjetas electorales como el instrumento empleado por los sufragantes para expresarse en las urnas, en el que se individualizan *“el espacio que identifique al partido o agrupación política de su preferencia, o en el lugar previsto para votar en blanco;...”*. Al no introducir ninguna modificación a la misma opción

<sup>4</sup> El artículo 72 de la Ley 28 de 1979 disponía que *“la papeleta electoral”* era un documento dividido *“en tantas secciones cuantas corporaciones se trate de elegir”* y cada sección debía identificar la corporación correspondiente. El artículo 74 decía que *“Las papeletas deberán colocarse dentro de un sobre o cubierta de color blanco y sin distintivos exteriores. Los sobres o cubiertas tendrán una longitud no mayor de un decímetro a fin de que puedan ser introducidos fácilmente en la urna.”* Y, el artículo 86 de la misma ley enseñaba: *“Queda prohibida cualquier clase de propaganda oral el día de las elecciones en los lugares próximos a las mesas de votación. Las informaciones y distribución de papeletas las harán los partidos o los grupos políticos a más de cincuenta (50) metros de distancia de las mesas de votación.”* (Se imponen negrillas)

que traían la Ley 96 de 1985 y el Código Electoral, el alcance normativo del tema continuaba igual.

En 1991 se promulga la Constitución Política que rige actualmente, cuyo artículo 258 original se refiere al voto como un derecho y un deber ciudadano, el cual se debe expresar en cubículos individuales por medio de tarjetas electorales. Para desarrollar la anterior disposición se expidió la Ley 84 de 1993 “Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral”, que en su artículo 13 definía el voto en blanco, escogencia que debía contar con una casilla especial en la tarjeta electoral, pese a lo cual se le negaban efectos jurídicos, al punto que se disponía que “no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral”. Sin embargo, esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional con Sentencia C-145 de 1998 tras establecerse que fue tramitada como ley ordinaria siendo una materia que tenía reserva de ley estatutaria.

Posteriormente se expide la Ley 163 de 31 de agosto de 1994 “Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral”, que en su artículo 17 estableció la mencionada opción política: “Voto en blanco es aquél que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no baya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco”. Claramente el legislador ya distingue entre el voto en blanco y la tarjeta no marcada, y aunque al primero no se le atribuía expresamente ningún valor jurídico, bien importantes resultan las elucubraciones que en torno a ello hizo la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de la Ley 84 de 1993 “Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral”, pues frente a la expresión “el voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral”, que declaró inexecutable igualmente por razones materiales, señaló:

*“Ciertamente desconocerle los efectos políticos al voto en blanco, comporta un desconocimiento del derecho de quienes optan por esa alternativa de expresión de su opinión política. No existiendo razón constitucionalmente atendible que justifique tal determinación, dicha negación acarrea desconocimiento del núcleo esencial del derecho al voto que la Carta Fundamental garantiza a todo ciudadano en condiciones de igualdad, con prescindencia de la opinión política, y violación a los principios y valores que subyacen en la concepción misma del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, en que por decisión del constituyente se erige el Estado colombiano (C. P. Preámbulo, artículos 1, 2 y 3 entre otros)”<sup>5</sup>.*

Haciendo eco de lo anterior el constituyente derivado expide el 3 de julio de 2003 el Acto Legislativo 01 –Reforma Política–, que además de hacer importantes modificaciones al sistema político colombiano y a la forma de distribuir las curules en las corporaciones públicas de elección popular, con su artículo 11 modificó el artículo 258 Superior en el sentido de precisar en cuanto al voto en blanco que:

*“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”.* (Negrillas de la Sala)

Con esta reforma no solamente quedaron aclaradas las evidentes diferencias existentes entre la tarjeta no marcada y el voto en blanco, que antaño se equiparaban, sino que también se le reconoció a esta opción política su verdadero significado en la democracia, ya que en caso de que los sufragios por la opción del voto en blanco fueran una mayoría absoluta con respecto a los votos válidos la elección debía repetirse, con la particularidad que en las elecciones a cargos unipersonales los mismos candidatos quedaban inhabilitados para participar en la nueva elección, mientras que en las elecciones a cuerpos colegiados dicha inhabilitación solamente se predicaba de las listas que no hubieran alcanzado el umbral con el que el Acto Legislativo 01 de 2003 acompañó el sistema de cifra repartidora.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 14 de julio de 2009 –Reforma Política–, modificó en lo pertinente este artículo 258 Constitucional cuyo contenido actual es 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 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”.* (Negrillas no vienen con el original)

La Sala, después de comparar este texto con el que traía el Acto Legislativo 01 de 2003, pudo establecer que se sustituyó la expresión: “cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos”; por la fórmula: “cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”. Esto llevó a pensar que el constituyente había abandonado el concepto de mayoría absoluta ( $\frac{1}{2} + 1$ ) de la votación total válida como parámetro que ocasionara la realización de nuevas elecciones, para reemplazarla en adelante por una mayoría simple o relativa, por virtud de la cual la comparación del voto en blanco ya no se haría con la votación total válida, obtenida de sumar la recibida por todos los candidatos, por solo las listas y por los votos en blanco, sino respecto de la conquistada por cada una de las demás opciones políticas. Esta última hermenéutica fue desestimada por la Sección Quinta al examinar la validez de la

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-145 de 23 de marzo de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

elección de representantes de Colombia al Parlamento Andino (2010-2014), oportunidad en la que se afirmó:

*“Este vicio se configura cuando la decisión contenida en el acto administrativo desconoce normas superiores. Según la parte demandante, la resolución atacada contraviene lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política, al fundarse en que es necesaria una mayoría de la mitad más uno de votos blancos, en relación con los votos válidos, para que se deban repetir las votaciones al Parlamento Andino para el período 2010-2014. A juicio de los actores, esta era la situación prevista en el texto del Acto Legislativo Nº 1 de 2003, que exigía una mayoría absoluta, pero que no se encontraba vigente al momento de la expedición del acto demandado, pues dicha reforma constitucional fue sustituida por el Acto Legislativo Nº 1 de 2009, que estipula una mayoría simple.*

*Tal acusación es infundada, habida cuenta de que, como quedó establecido, la reforma contenida en el Acto Legislativo de 2009, no ordenó nada distinto a lo estipulado en aquella de 2003, en la medida en que, a pesar de que la primera añadía el adjetivo de “absoluta” a la mayoría exigida para que el voto en blanco tuviera poder invalidante, establecía idéntico parámetro de cuantificación al ahora vigente, contenido en el Acto Legislativo Nº 1 de 2009, cual es: **el total de los votos válidos depositados en los comicios**. Así pues, según lo dicho a lo largo de las consideraciones del presente fallo, en realidad, en ambos casos se trata de una mayoría simple consistente en la mitad más uno de la totalidad de los votos válidos.*

*Y erran los demandantes al interpretar que la supresión de la expresión “absoluta” de la reforma constitucional de 2009, implicó la admisión en nuestro ordenamiento constitucional de una mayoría relativa para que el voto en blanco pueda invalidar unas elecciones. Como fue antes explicado, es esta la mayoría que se configura por el mayor número de votos, no en relación con el total de votos válidos, sino frente a las listas o candidatos, lo cual no puede deducirse, de ninguna manera, del texto de la disposición constitucional vigente, tanto así, que la Corte Constitucional declaró inexecutable el contenido del proyecto de ley estatutaria que contemplaba este supuesto para que del mismo se derivara la consecuencia de invalidación de la elección y repetición de las votaciones, precisamente por resultar contrario al parámetro establecido en el parágrafo 1º del artículo 258 superior<sup>6</sup>.*

<sup>6</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia de 9 de marzo de 2012. Expediente: 110010328000201000029-00. Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada y otros. Demandados: Representantes por Colombia al Parlamento Andino 2010-2014. M. P. Alberto Yepes Barreiro.

Lo anterior encuentra respaldo, además, en la Sentencia C-490 de 23 de junio de 2011<sup>7</sup>, por medio de la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que ahora es la Ley 1475 de 14 de julio 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”, ya que del artículo 30 declaró inexecutable la expresión “cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”, con sustento en que: “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. [Pues] [m]ientras que la norma constitucional [A. L. 01 de 2009 art. 9º modificatorio art. 258 C. P.] impone una mayoría absoluta, el proyecto de ley estatutaria reduce el presupuesto a una minoría simple (sic), en clara vulneración de la norma constitucional”.

En este orden de ideas, si bien es cierto que de una “mayoría absoluta” prevista en el Acto Legislativo 01 de 2003, se pasó a solamente una “mayoría” en el Acto Legislativo 01 de 2009, pues se suprimió expresamente el adjetivo “absoluta”, ello en verdad no implicó una modificación sustancial en el tipo de mayoría que se requería, dado que como lo percibieron la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se siguió conservando la mayoría absoluta como factor determinante para que el voto en blanco pueda provocar la realización de nuevas elecciones, en atención a que la comparación debe cumplirse de cara a la votación total válida, más no respecto de los votos conquistados por cada una de las demás opciones políticas.

Con base en la evolución que en el ordenamiento jurídico interno ha tenido el voto en blanco, la Sección Quinta del Consejo de Estado observó que:

*“...este ha tenido tres momentos diferentes: (i) el primero de ellos, en el que el voto en blanco carecía de cualquier tipo de efecto político, en la medida en que era equiparado a los votos nulos o a los no marcados; por demás, no era considerado ni en la papeleta ni en el tarjetón electoral; (ii) una segunda etapa, en la que adquirió un lugar específico en los tarjetones, de suerte que la ciudadanía podía expresamente hacer uso de esta modalidad de voto, algunas veces con un determinado efecto jurídico en la medida en que incidía directamente en el cuociente electoral, y en otras sin ningún alcance, pero, en todo caso, no equiparable ni a los votos nulos ni a los no marcados<sup>8</sup>.*

<sup>7</sup> M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>8</sup> Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado, lo siguiente: “De manera que, cuando el elector no marca en la tarjeta electoral casilla alguna de candidato o el del voto en blanco, es decir no incorpora ninguna marcación en la tarjeta electoral, en realidad, no expresó su voluntad política, no depositó voto alguno. Este es un criterio del legislador que surge de lo anterior y guarda armonía con lo dispuesto en la ley 163 de 1994, en el sentido de que, en los términos del artículo 17, “La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco. [...] Pero cuando la persona acude al puesto de votación no utiliza en la tarjeta electoral una de las expresiones del sentido del voto dispuestas por el legislador señaladas en

*es decir, un voto válido y (iii) actualmente como un voto válido con la posibilidad de invalidar las elecciones de cualquier cargo de elección popular, siempre y cuando obtenga una determinada mayoría, con la consecuente repetición de la respectiva elección por una sola vez”.*

La Sala, adicionalmente, concluye que el hecho de que el constituyente derivado le haya reconocido al voto en blanco efectos invalidantes de las elecciones bajo precisas circunstancias, significa que los ciudadanos en ejercicio aptos para votar no son convocados a las urnas únicamente para escoger entre distintos candidatos sino que, más allá de eso, la cita durante las jornadas democráticas tiene un propósito más amplio en la medida que al pueblo se le reconoce, por fin, la soberanía que la propia Constitución proclama en el artículo 3º, y su efectivo derecho a participar en la adopción de las decisiones políticas que le conciernen (art. 2º).

El voto en blanco fue indudablemente robustecido con las *Reformas Políticas* adoptadas por medio de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, y su fortaleza estriba en que no solamente es un voto que permite expresar el inconformismo o la protesta frente al abanico de candidatos que se presentan a las elecciones, sino que simultáneamente se erige en un instrumento que bien puede llevar a la renovación de la clase política colombiana, como quiera que en caso de obtener la mayoría requerida conduce a que la elección deba repetirse, pero excluyendo a todos los aspirantes a cargos unipersonales y a las listas que no hayan superado el umbral en la elección de corporaciones públicas.

### 5. Régimen jurídico de las campañas electorales y sus destinatarios

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*”, en cuanto a la actividad de los partidos y movimientos políticos, que, por supuesto, comprende otras formas de organización política, dice que ellos pueden “*hacer divulgación política y propaganda electoral por los medios de comunicación...*” (art. 22).

La divulgación política es entendida desde el punto de vista institucional, esto es desde la perspectiva de los partidos y movimientos políticos, y se encamina al hecho de dar a conocer los principios, programas y realizaciones de tales organizaciones, al igual que su posición política frente a los

asuntos de interés nacional; es decir, que por medio de ella la respectiva agrupación difunde los contornos axiológicos, teleológicos y programáticos que la caracterizan, publicidad que no puede encaminarse a obtener apoyo electoral para una jornada electoral en concreto sino que por el contrario busca la adhesión a su militancia, y que por su carácter abstracto “*podrá realizarse en cualquier tiempo*” (art. 23).

A su turno en cambio, la propaganda electoral es la que pueden realizar los partidos y movimientos políticos, y en general cualquier organización política, y sus respectivos candidatos y demás personas que se interesen en ello, con el cometido específico “*de obtener apoyo electoral*” (art. 24). Está ligada, por lo visto, a las campañas electorales emprendidas por los partidos y movimientos políticos y sus candidatos, no tanto con el ánimo de difundir la plataforma axiológica e ideológica de la correspondiente organización política, sino más exactamente con la finalidad de cautivar electores, para lo cual los aspirantes a cargos unipersonales pueden dar a conocer su programa de gobierno durante el período respectivo y los candidatos a corporaciones públicas pueden difundir la filosofía y pensamiento que se viven al interior de la organización.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 en cuestión, la legitimación para realizar propaganda electoral puede recaer tanto en “*los partidos, los movimientos políticos y los candidatos a cargos de elección popular*” como en “*las personas que los apoyen*”, en ambos casos con el exclusivo fin “*de obtener apoyo electoral*”. Sin embargo, en uno y otro caso la propaganda electoral “*únicamente podrá realizarse durante los tres (3) meses anteriores a la fecha de las elecciones*”. Es decir, que si bien las personas naturales —para solo hablar de ellas—, pueden apoyar o participar directamente en la propaganda electoral de las campañas electorales, en todo caso deben hacerlo con sujeción a las reglas dispuestas al efecto, que es lo que significa la restricción temporal en cita.

Por otro lado, la Ley 996 de 24 de noviembre 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*”, ofrece una definición de campaña electoral en el artículo 2º, que enseña:

*“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 de la Presidencia de la República”<sup>10</sup>.*

En esta norma jurídica se conjugan, en lo que respecta a la

*la tarjeta electoral, en realidad, no ha votado, pues la ley no le otorga a esa conducta efecto jurídico alguno, ni es contabilizable por tanto para efectos de cociente electoral”.* Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 24 de noviembre de 1999, Expediente 1891 (C. P. Darío Quiñones Pinilla).

9 Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia de 9 de marzo de 2012. Expediente: 110010328000201000029-00. Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada y otros. Demandados: Representantes por Colombia al Parlamento Andino 2010-2014. M. P. Alberto Yepes Barreiro.

10 El texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; y el resto del inciso fue declarado executable bajo el entendido de que no podrán participar en el conjunto de actividades de campaña, ni brindar apoyo, los miembros de grupos armados al margen de la ley o pertenecientes a grupos que no se han reincorporado plenamente a la vida civil, conforme a la ley.

elección de Presidente de la República, tanto la divulgación como la propaganda electoral, y se conciben como el conjunto de actividades que buscan dar a conocer el proyecto político del candidato, así como conquistar el apoyo de los electores para alzarse con la jefatura del Gobierno Nacional.

Además, esta norma permite entender que la propaganda electoral es un elemento propio de las campañas electorales en la medida que las dos tienen un fin común: *“obtener apoyo electoral”*. Efectivamente, si la campaña electoral se concibe como todas aquellas actividades que realizan los partidos y movimientos políticos, así como los demás actores políticos tales como los grupos significativos de ciudadanos, movimientos sociales, etc., con miras a obtener el respaldo popular para sus candidatos el día de las elecciones, la propaganda electoral es, a no dudar, una pieza fundamental de la campaña electoral, ya que corresponde a las diferentes herramientas y métodos empleados para dar publicidad a los candidatos y a sus propuestas.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley 1475 de 14 de julio 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”*, dice que la propaganda electoral es cualquier forma de publicidad desarrollada *“con el fin de obtener el voto de los ciudadanos a favor de partidos o movimientos políticos, listas o candidatas a cargos o corporaciones públicas de elección popular, del voto en blanco, o de una opción en los mecanismos de participación ciudadana”*. (La Sala impone negrillas). Es decir, que la campaña electoral es, en esencia y acudiendo a la definición de la Real Academia Española, el *“Conjunto de actos o esfuerzos de índole diversa que se aplican a conseguir un fin determinado”*, lo cual en el plano democrático consiste en las actividades publicitarias desplegadas por los candidatos y los partidos y movimientos políticos para que los ciudadanos en ejercicio depositen a su favor el voto, o para que se apoye la iniciativa impulsada por algún comité promotor, que en situaciones como la que alberga este expediente se materializan en el apoyo a la opción del voto en blanco.

Ahora bien, es presupuesto fundamental para que se pueda adelantar campaña electoral en favor del voto en blanco por parte de las organizaciones políticas en general, esto es, por los partidos y movimientos políticos, por los movimientos sociales, por los grupos significativos de ciudadanos y por los comités promotores, que se hayan inscrito ante la autoridad competente con ese preciso fin. Así lo determina, sin ambages la parte final del artículo 28 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, al prescribir:

*“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de*

*participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”*.

Y es que la inscripción de la campaña a favor del voto en blanco no solamente sirve para formalizar el acto de apoyo a esa opción política, sino que igualmente permite que los interesados en ello reciban *“los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña,…”*. Aunque el precepto en cuestión tan solo alude al beneficio de la reposición de gastos, indudablemente los promotores del voto en blanco también se pueden ver beneficiados con los espacios gratuitos en radio y televisión de que habla el artículo 36 *ibidem*, que establece que dentro de los dos meses anteriores a la elección y hasta 48 horas antes de la misma, las agrupaciones políticas *“que hayan inscrito candidatos y los promotores del voto en blanco, tendrán derecho a espacios gratuitos en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético,…”* (Se resalta). Y, con mayor precisión el artículo 38 *eiusdem*, establece que:

*“Artículo 38. Promotores del voto en blanco y de mecanismos de participación ciudadana. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y grupos significativos de ciudadanos que promuevan el voto en blanco en las campañas para cargos o corporaciones de elección popular, podrán realizar propaganda electoral en las mismas condiciones fijadas para las demás opciones a elegir respecto del mismo cargo o corporación, en la respectiva circunscripción”*. (La Sala impone negrillas)

También quienes promuevan la opción del voto en blanco y hayan inscrito oportunamente la respectiva campaña, al igual que cualquier otra campaña electoral, cuentan con la posibilidad de designar testigos electorales para ejercer la debida vigilancia a los procesos de votación y escrutinios, quienes asimismo podrán formular las reclamaciones contempladas en el Código Electoral e interponer los recursos que resulten procedentes contra las decisiones de las comisiones escrutadores. Y, si al proceso de votación y escrutinios se han incorporado avances tecnológicos, como de hecho ocurre en la actualidad, los promotores del voto en blanco igualmente pueden designar auditores de sistemas para prevenir la ocurrencia de cualquier fraude electoral (art. 45 ib.).

Según el artículo 54 de la Ley 1475 de 2011 la democracia debe fortalecerse desde los medios de comunicación, ya que son canales de información que tienen gran incidencia en la formación de la opinión de las personas. Sus servicios pueden ser contratados por cualquier campaña electoral, incluso por los promotores del voto en blanco, y de ello debe quedar registro

para la posterior rendición de cuentas a que están obligadas todas las campañas, sin importar el candidato u opción política de que se trate.

El artículo 109 de la Constitución, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2009, por su parte, fija algunas reglas sobre las campañas electorales. Como quiera que la opción del voto en blanco es una más de las alternativas que encuentran a su disposición los ciudadanos al momento de ejercer el sufragio, es claro que cada una de las reglas allí fijadas por el constituyente tienen plena eficacia frente al voto en blanco, pues temas como la financiación, la reposición de votos y la transparencia en el origen de los recursos opera por igual frente a todas las campañas electorales, incluso la del voto en blanco. Las reglas son:

- i) El Estado debe contribuir parcialmente a su financiación. Ello apunta a que la subvención económica de la actividad política, que con el paso del tiempo ha adquirido dimensiones considerables, corra en buena medida por cuenta del erario, con lo cual se busca auspiciar la participación política, mitigar la carga económica que ello implica para quienes inscriben sus candidaturas y emprenden campañas electorales y, en cierto modo, asegurarle a los candidatos electos un mayor margen de autonomía frente a las personas que apoyaron económicamente su aspiración política.
- ii) La financiación económica estatal se reconoce a quien haya obtenido un porcentaje mínimo de votación. Con ello se busca apoyar económicamente las candidaturas que verdaderamente tengan respaldo electoral.
- iii) Se puede limitar el monto máximo de gastos de campaña y de contribuciones privadas. Lo que interesa en la puja democrática es que los contendientes midan sus fuerzas ideológicas y políticas, y para ello se debe evitar al máximo que sea la capacidad económica de unos lo que incline la balanza electoral a su favor, pues resultaría en una contienda democrática desigual proscrita por el artículo 13 Constitucional. Frente a las contribuciones privadas dirá la Sala que su limitación es razonable a la luz de lo dicho arriba, esto es para impedir que los candidatos asuman compromisos económicos que una vez elegidos puedan llevar a que se les limite la independencia necesaria para el buen gobierno en caso de cargos unipersonales, o para trabajar por la justicia y el bien común en caso de los miembros de las corporaciones públicas.
- iv) La violación de los topes máximos de financiación de las campañas dará lugar a la pérdida de la investidura en caso de los miembros de las corporaciones públicas, y a la pérdida del cargo para los elegidos en cargos unipersonales como alcaldes y gobernadores. Es una medida novedosa que corresponde a la condigna sanción para quienes sobrepasen los límites fijados por las autoridades electorales para la financiación de dichas campañas, la cual resulta razonable si se toma en cuenta que con ello se estaría vulnerando el ordenamiento constitucional, concretamente el principio de igualdad en el plano democrático.
- v) Se debe hacer rendición pública de cuentas sobre la cantidad, origen y destino de los recursos recibidos por la respectiva campaña. Es una evidente manifestación del principio de transparencia, pues busca dar a conocer los pormenores de los dineros recaudados por la campaña y la forma en que se gastaron. Además, permite ejercer control ciudadano sobre los candidatos elegidos, ya que de comprobarse que se sobrepasaron los límites establecidos para los gastos de la campaña se puede solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la pérdida de la investidura o la pérdida del cargo, según el caso.
- vi) Las campañas electorales no pueden recibir financiación económica de personas naturales o jurídicas extranjeras. Es una medida protectora de la soberanía nacional, que busca impedir la intromisión de capitales foráneos para la formación de la voluntad del electorado y, por supuesto, evitar que los cuadros de decisión política que se proveen por votación popular puedan quedar de alguna manera vinculados o atados a esa financiación extranjera, nociva para la gobernabilidad mediante la toma de decisiones independientes y autónomas.

Ahora bien, los partidos y movimientos políticos no son las únicas organizaciones que el ordenamiento Superior reconoce como canales válidos para conjugar las aspiraciones políticas de un conglomerado social (Arts. 103 y 107 C. P.). En el artículo 40 Constitucional, que se refiere al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, bien claro se afirma que todo ciudadano tiene el derecho a "*Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna...*" (La Sala resalta); agrupaciones que, *Verbi Gratia*, cobijan a los denominados movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, que si bien no cuentan con personería jurídica sí pueden participar en las elecciones populares cuando demuestren ante la Registraduría Nacional del Estado Civil que tienen el

suficiente respaldo electoral mediante la acreditación de firmas de apoyo.

Entonces, el abanico de posibilidades existentes hoy por hoy para que los ciudadanos en ejercicio se asocien y participen activamente en la vida política de la nación, es bastante amplio, sin que se limite tan solo a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, ya que pueden hacerlo bajo variadas formas, todas ellas enderezadas a la conquista del poder político en los cargos unipersonales o en los escaños en las corporaciones públicas de elección popular; en otras palabras, para ubicar a sus militantes en los cargos que se eligen por voto popular; y en el caso de los promotores del voto en blanco para la conformación del poder político se renueva con otros candidatos.

Dentro de la concepción de *agrupaciones políticas* también deben ubicarse los *Comités Promotores*. Los conforman el conjunto de ciudadanos que cuando atienden los requisitos fijados por el ordenamiento jurídico, *v gr.* la inscripción, están habilitados para impulsar una determinada propuesta democrática. Así ocurre con los promotores del voto en blanco. Los comités promotores del voto en blanco son plenamente identificados, entre otras disposiciones, por el artículo 28 *in fine* de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, al expresar que:

*“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”.* (La Sala destaca)

Este recorrido normativo evidencia que la actividad política tanto para impulsar una determinada candidatura como para apoyar otras opciones políticas, como sería el voto en blanco, está sujeta a determinadas reglas; esto es, que las campañas y propagandas electorales tienen un marco jurídico preciso. Este no solamente busca potencializar el principio democrático mediante la adopción de medidas que faciliten la participación política. También propugna por el respeto de principios constitucionales como el de la igualdad, con la fijación de reglas de carácter general, impersonal y abstracto, a cuya observancia están vinculados todos los actores políticos.

En este orden de ideas, está demostrado que los destinatarios del marco normativo de las campañas electorales son todas las organizaciones políticas, con personería o sin personería jurídica, llámense partidos o movimientos políticos, o movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, y

por supuesto los *comités promotores* o *comités independientes* que se organicen con el fin de impulsar determinadas propuestas democráticas, entre ellas la opción del voto en blanco.

## 6. Funciones del CNE en torno a las campañas electorales

El ordenamiento constitucional le otorga importantes funciones al CNE en cuanto a la actividad política de los partidos y movimientos políticos. Por ejemplo, en el artículo 108, que fue modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, se establece que esa entidad de la Organización Electoral es la competente para reconocer personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Igualmente le atribuye la facultad para revocar la inscripción de los candidatos frente a los cuales se demuestre cabalmente que están incurso en alguna causal de inhabilidad.

Conforme al artículo 109 Constitucional, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2009, el CNE es el competente para autorizar el pago de la financiación que el Estado debe entregar a las campañas electorales.

El texto original del artículo 265 Superior, que fija las funciones inherentes al CNE, tan solo señalaba en su encabezado: *“El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:...”*. Sin embargo, con la reforma que le introdujo el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, el nuevo texto expresa: *“El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:...”* (Negrillas de la Sala).

La Sala observa que con la *Reforma Política* adoptada en el año 2009 se ampliaron considerablemente las funciones del CNE, ya que expresamente se determinó que cuenta con facultades de reglamentación, inspección, vigilancia y **control** sobre la actividad de las organizaciones políticas.

En cuanto a la facultad reglamentaria no debe confundirsele con la potestad reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución radica exclusivamente en el Presidente de la República, quien para ello puede expedir los decretos, resoluciones y demás actos administrativos necesarios para desarrollar y hacer efectivas las leyes de la República, que por su grado de abstracción en todos los casos no cuentan con los detalles suficientes para que se cumplan.

La facultad reglamentaria del CNE es, *contrario sensu*, una habilitación que le entregó el constituyente a esa entidad de la Organización Electoral con el fin de que pueda expedir los reglamentos necesarios para hacer efectivas las atribuciones

constitucionalmente asignadas, para lo cual debe cuidarse de no abarcar terrenos que tengan reserva de ley –ordinaria o estatutaria– y que por ello sean del resorte exclusivo del legislador, o de asuntos que corresponda desarrollar al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria.

En cuanto a la facultad reglamentaria del CNE la Corte Constitucional expresó:

*“[E]n materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales.*

*Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución baya hecho sobre el particular.*

*Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente del República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”<sup>11</sup>.*

Así, la facultad reglamentaria con que el constituyente inviste al CNE está prevista con la finalidad de proveer sobre “la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle”<sup>12</sup>, vinculados con las funciones que debe cumplir.

Y, en cuanto a la función de control que el artículo 265 Superior le asigna a dicha entidad<sup>13</sup>, la Sala considera que ella alude al deber que le incumbe en torno a hacer que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica,

así como los movimientos sociales, grupos significativos de ciudadanos y comités promotores, entre otros actores políticos, respeten las normas constitucionales y legales relativas al ejercicio de las actividades que ellos cumplen en el escenario democrático.

Al efecto es preciso tomar en cuenta conceptos como el poder de policía, la función de policía y la actividad de policía, consustanciales a las autoridades administrativas. Sobre los mismos ha precisado la doctrina constitucional:

***“2.1.4 El poder de policía se caracteriza entonces por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen. Esta función se encuentra adscrita al Congreso de la República, órgano que debe ejercerla dentro de los límites de la Constitución”<sup>14</sup>. (...)***

***2.1.5 La función de Policía, por su parte, se encuentra sujeta al poder de policía, implica el ejercicio de una función administrativa que concreta dicho poder y bajo el marco legal impuesto por este. Su ejercicio corresponde, en el nivel nacional, al Presidente de la República tal como lo establece el artículo 189-4 de la Constitución. En las entidades territoriales compete a los gobernadores (art. 330 C. P.) y a los alcaldes (art. 315-2 C. P.), quienes ejercen la función de policía dentro del marco constitucional, legal y reglamentario. Esta función comporta la adopción de reglamentos de alcance local, que en todo caso deben supeditarse a la Constitución y a la ley. Al respecto ha dicho la Corte:***

*“La concreción propia de esta función no solamente se presenta en aquellos eventos en los cuales la autoridad administrativa se limita a la expedición de una licencia y se contrae a la relación directa entre la administración y el “administrado” o destinatario de la actuación, en atención a la definición de una situación concreta y precisa; (...) la función de policía también implica la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de alcance local sobre un tema en particular dirigidas a un grupo específico de personas, y de los habitantes y residentes de la localidad, bajo la orientación de la Constitución, la ley y el reglamento superior, de tal manera que la autoridad de policía local pueda actuar ante condiciones específicas, según los términos que componen la noción de orden público policivo y local, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo”<sup>15</sup>.*

11 Corte Constitucional. Sentencia C-307 de 30 de marzo de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa y Alfredo Beltrán Sierra.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994 Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 La Sala no encuentra necesario hacer algunas precisiones en torno a las funciones de inspección y vigilancia, ya que no están estrechamente relacionadas con la problemática planteada por este proceso.

14 Sentencia C-117 de 2006.

15 Sentencia C-825 de 2004.

2.1.6 En términos generales, la función de policía, envuelve una naturaleza meramente administrativa. El ordenamiento jurídico ha radicado en cabeza de las autoridades administrativas, la conservación, el mantenimiento y el restablecimiento de las diversas facetas del orden público. Sin duda, las actuaciones emprendidas por la administración en ejercicio de este poder constituyen verdaderos actos administrativos, sometidos a control jurisdiccional por parte del Contencioso Administrativo. En efecto, si la Administración en ejercicio de la función de policía que le fue conferida, va en contravía del orden legal, o infringe perjuicios a particulares, dichas actuaciones podrán ser atacadas ante la jurisdicción competente. Ello, porque la regla general, en materia de policía, es que las determinaciones adoptadas son de carácter administrativo.

...

2.1.8 Finalmente, la actividad de policía es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, que corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y que se encuentra necesariamente subordinado al poder y a la función de policía<sup>16</sup>.

(Se imponen negrillas)

La Sala observa que la función de control que el numeral 6º del artículo 265 Constitucional otorga al CNE, consistente en “Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”, y las disposiciones jurídicas citadas en el acápite “5. Régimen jurídico de las campañas electorales y sus destinatarios”, configuran en los términos de la doctrina constitucional previamente citada el poder de policía administrativa en el plano electoral, que busca preservar la plena observancia del ordenamiento jurídico y mantener el *statu quo* en las buenas prácticas electorales.

Así, tanto el constituyente como el legislador han fijado el marco normativo que gobierna la actividad de las diferentes organizaciones políticas, al cual deben ajustar sus actuaciones, sobre todo y por lo que interesa a este asunto, en lo relativo al desenvolvimiento que deben tener en las campañas electorales, lo que por supuesto involucra el acto de inscripción que no solo corresponde a la formalización de la aspiración política, sino que de paso cumple la función de certificar que la persona o la lista inscrita sí satisface todos los requisitos legales para participar en el certamen democrático.

Ahora, la función de policía que se asocia a la facultad

reglamentaria que tienen algunas entidades públicas, está representada en la posibilidad que tiene el CNE de expedir “la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle”<sup>17</sup> sobre aquellas atribuciones que le otorgaron el constituyente y el legislador. Es decir, que la función de policía le permite a esa entidad de la Organización Electoral dictar actos administrativos de carácter general en los que se fijen medidas para llevar a cabo las atribuciones que le fueron conferidas, medidas que únicamente pueden propender por hacer operativas las disposiciones jurídicas que rigen la materia.

Uno de los actos administrativos de carácter general que expidió el CNE en ejercicio de la función de policía administrativa, y por ende de la facultad reglamentaria que le asigna el artículo 265 Constitucional, es la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011 “Por medio de la cual se regula la promoción del voto en blanco”, que goza de presunción de legalidad, no ha sido anulada ni suspendida por esta jurisdicción, y fija reglas concernientes a: i) Deber de que los partidos o movimientos políticos con personería jurídica, así como los comités independientes integrados para ello, se inscriban ante la autoridad competente, a quienes se les prohíbe avalar candidatos para la misma elección (art. 1º); ii) Requisitos para la inscripción de las campañas promotoras del voto en blanco (art. 2º); iii) Término de inscripción de las campañas que promueven el voto en blanco (art. 3º); iv) Responsabilidades de los promotores de esa opción política (art. 4º); v) Unidad de la campaña de promoción del voto en blanco (art. 5º); vi) Inclusión en la tarjeta electoral de una casilla para votar en blanco según el partido o movimiento político, o comité promotor que lo incentive (art. 6º); vii) Propaganda electoral y acceso a medios de comunicación social (art. 7º); viii) Testigos electorales (art. 8º); ix) Rendición de cuentas de la campaña (art. 9º); x) Reposición de votos (art. 10º); xi) Sumas máximas a invertir en la campaña (art. 11); y, xii) Valor de reposición del voto en blanco (art. 12).

Y, la actividad de policía del CNE se materializa, entre otros actos, en el que se impugna con este medio de control, esto es la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, empleada por dicha entidad para prohibir que la campaña del voto en blanco en el departamento del Huila, en el marco de las elecciones atípicas de 14 de abril de 2013, se siguiera llevando a cabo porque se venía adelantando al margen de las disposiciones aquí mencionadas, y que para el accionante no eran aplicables en atención a que únicamente rigen para las agrupaciones políticas pero no para los ciudadanos, y a que quienes estaban autorizados para ello por su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C. P. art. 40).

## 7. Caso concreto

La Sala recuerda que el demandante califica de ilegal la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, expedida por el CNE,

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 7 de abril de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a través de la cual se prohibió la continuidad de la campaña electoral a favor del voto en blanco, que se llevaba a cabo en el departamento del Huila en el marco de la elección atípica de gobernador a realizarse el 14 de abril de 2013, con fundamento en que se transgredió lo dispuesto en los artículos 40 y 258 de la Constitución y 35 de la Ley 1475 de 2011, pues *"quien en un debate electoral quiere expresar su insatisfacción con los candidatos, puede hacerlo sin necesidad de pertenecer a una organización política alguna"*. (Negrillas del original).

En opinión del actor no solamente se configura la causal de nulidad de infracción de norma superior, referida a las anteriores disposiciones, sino que también se materializan las causales de nulidad de desviación de poder y falta de competencia. En el primer caso, porque el CNE valiéndose de sus facultades de vigilancia y control lo que pretendió fue favorecer la militancia en las organizaciones políticas. Y, en el segundo, porque tales atribuciones bien puede ejercerlas frente a las organizaciones políticas, pero no respecto de los ciudadanos que deciden voluntariamente divulgar propaganda electoral a favor del voto en blanco.

La Sala está de acuerdo con el demandante Pedro Felipe Gutiérrez Sierra en que el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado en el artículo 40 Superior, le permite a los ciudadanos, entre otras cosas, elegir y ser elegido (1°); tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos y consultas populares, entre otras formas de participación democrática (2°); y, fundar partidos, movimientos y agrupaciones políticas y hacer parte de ellos libremente (3°).

Igualmente comparte la idea del actor en el sentido de que en tanto se considere a la persona como individuo, ajeno a las organizaciones políticas, su derecho fundamental a la libertad de expresión en armonía con el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, le permiten expresar sus ideas en torno a la política y a los candidatos que se postulen a los cargos y corporaciones públicas de elección popular; es más, puede válidamente manifestar que su preferencia es la opción del voto en blanco en señal de protesta o inconformismo con los candidatos inscritos.

Pero la Sala disiente de su tesis consistente en que las normas jurídicas alusivas a las propagandas y campañas electorales tan solo se aplican a las organizaciones políticas, esto es, a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, a los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos y a los comités promotores, entre otros, pero que no le son aplicables a las personas naturales que deciden, al margen de esas organizaciones que actúan como comités promotores o comités independientes, adelantar una campaña electoral de promoción del voto en blanco.

No se comparte dicha posición, porque la Sala pone de presente que según lo consagra el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 la promoción del voto en blanco solamente puede llevarse a cabo por los partidos y movimientos políticos y

los comités independientes, es decir, por las organizaciones políticas, quienes para ello deben cumplir algunas exigencias, entre otras inscribirse ante la autoridad electoral competente para formalizar ese acto.

La promoción pública del voto en blanco implica adelantar actividades necesarias para configurar una campaña electoral, que se define como el *"Conjunto de actos o esfuerzos de índole diversa que se aplican a conseguir un fin determinado"*<sup>18</sup>, mediante la divulgación y publicidad de la propuesta. Para el efecto no basta con invocar el ejercicio de los derechos fundamentales que amparan los artículos 20 y 40 de la Constitución puesto que tales actuaciones están sujetas al marco legal que rige las campañas electorales, ya que es de lo que realmente se trata aun cuando no se promueva a un candidato sino la opción del voto en blanco. Las siguientes razones sustentan tal sometimiento:

En primer lugar, garantizar el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución, que propugna por el mismo trato de todas las personas ante la ley lo que desde luego incluye el plano democrático. Así, y para que todos los actores políticos reciban la misma protección y trato de las autoridades, y gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna, es menester que las propagandas electorales, y de contera las campañas electorales de promoción del voto en blanco, como cualquiera otra, se surtan por medio de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos o los comités independientes.

En segundo lugar, porque la posibilidad de que las campañas electorales dedicadas a promover esa opción política se adelante por personas naturales, al margen de las citadas organizaciones políticas y sin formalizar la inscripción ante la autoridad electoral competente para ello podría conllevar a desconocer el principio de transparencia en la medida que el CNE no podría cumplir sobre ellas sus funciones de inspección, vigilancia y control. En efecto, una campaña electoral no puede ser llevada de manera totalmente ausente de control legal como lo concibe el demandante, sin que sus promotores se sujeten a los límites de gastos máximos que se pueden realizar y sin que deban rendir cuentas ante la Organización Electoral, y, si bien es cierto que de resultar ganadora esta opción ante una extralimitación en los topes de campaña no se le podría sancionar con la pérdida de la investidura o del cargo, sí se podrían intentar otro tipo de acciones legales de responsabilidad en caso de establecerse la procedencia ilegal de los dineros que patrocinaron la campaña.

En tercer lugar, porque se pasaría por alto la voluntad del constituyente, para quien la financiación de las

18 Diccionario de la Real Academia Española.

campañas electorales debe correr por cuenta del Estado, al menos parcialmente. Es decir, que bajo la perspectiva del demandante los promotores del voto en blanco no tendrían derecho a reposición de votos.

Y, en cuarto lugar, porque de aceptarse que las campañas electorales de promoción del voto en blanco se pueden adelantar al margen de las normas jurídicas que regulan la materia y por fuera del alcance de las funciones de inspección, vigilancia y control que la Constitución le encomendó al CNE respecto de **“toda la actividad electoral”** (La Sala impone negrillas), de las diferentes organizaciones políticas (C. P. Art. 265), conduciría a que en un momento dado no se pudiera establecer quiénes y con qué dineros se están auspiciando esas campañas.

La Sala recuerda que el artículo 109 Constitucional, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2009, prohíbe a todas las organizaciones políticas *“recibir financiación para campañas electorales, de personas naturales o jurídicas extranjeras”*. Por ende, desde la óptica constitucional nada justificaría que organizaciones como los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, movimientos sociales, grupos significativos de ciudadanos y comités independientes, sí tuvieran que rendir cuentas para indagar si se respetó o no aquella prohibición constitucional, pero que lo mismo no se pudiera llevar a cabo respecto de los ciudadanos que impulsaran la campaña en cuestión.

Indudablemente sería muy alto el riesgo al que se expondría la democracia colombiana si se tolerara que las campañas electorales de promoción al voto en blanco actuaran como ruedas sueltas, pues podría ocurrir que con dineros ilegales o provenientes de personas naturales o jurídicas extranjeras se estuviera formando la voluntad de los electores, lo que en el último caso sería muy grave para la soberanía nacional, ya que el debate ideológico y político no se surtiría entre nacionales colombianos sino que contaría con la presencia de foráneos.

La Sala colige de lo argüido hasta ahora, que no es de recibo la afirmación del demandante en el sentido de que si la promoción del voto en blanco proviene de *“ciudadanos sin afiliación a partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos...”*, únicamente se aplica el art. 40 de la C. P, ya que en la medida que se esté ante una *propaganda electoral o campaña electoral* que promuevan dicha opción, como de hecho lo verificó el CNE en el *sub lite* y no fue objetado por el actor, ella debe sujetarse a las normas constitucionales y legales que la gobiernan, en especial debe inscribirse la campaña para que la Organización Electoral pueda cumplir su misión de velar porque las reglas fijadas para todas las campañas se acaten.

De lo anterior sin embargo no puede concluirse que la Sala esté negando eficacia a la garantía de libertad de expresión a título personal del individuo que decida manifestar en público respaldo al voto en blanco, pues en la medida que no lo haga con

carácter colectivo organizado, bajo la forma de una campaña o propaganda electoral, como de hecho sucedió en las elecciones atípicas para gobernador del Huila, nada se le puede reprochar a esa conducta. Esto plantea la existencia de una delgada línea entre el legítimo derecho de los ciudadanos a respaldar públicamente el voto en blanco y el deber de hacerlo bajo la forma de un comité promotor, frontera que el operador jurídico debe definir en cada caso en concreto, como así acaeció en el *sub lite* en que se constató que se trató de una campaña electoral.

La Sala tampoco comparte lo señalado por el demandante en torno a la presunta desviación de poder del CNE, materializada según él en que la medida impuesta con el acto enjuiciado se encaminó a propiciar la militancia en las organizaciones políticas, pues lo realizado por esa entidad de la Organización Electoral únicamente buscó impedir que continuara la campaña de promoción del voto en blanco, debido a que se venía adelantando por personas que no se habían inscrito ante la autoridad electoral competente para ello, es decir, puso fin a una campaña que inobservaba las normas pertinentes de la Constitución y la ley.

Mucho menos se asume como cierta la afirmación de que el CNE *“incurrió en falta de competencia”* al expedir el acto demandado, puesto que para la Sala es claro que dicha entidad obró dentro del marco competencial consagrado en el artículo 265 Constitucional, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, que le impone el deber de inspeccionar, vigilar y **controlar** toda la actividad electoral de las organizaciones políticas, lo que por supuesto cobija las campañas electorales que los particulares pretendan adelantar por fuera del ordenamiento jurídico.

Además, quedó demostrado que el CNE obró en ejercicio de sus atribuciones de policía administrativa electoral, pues valiéndose del poder de policía fijado por el constituyente y el legislador en las normas examinadas en esta providencia, y de la función de policía reflejada en el reglamento contenido en la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011, la decisión asumida por medio de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 —acto acusado— verdaderamente corresponde a una típica actividad de policía administrativa, ya que tras verificarse que algunas personas habían emprendido una propaganda electoral y una campaña de apoyo a la opción del voto en blanco, sin haber inscrito el comité independiente respectivo, hizo respetar el marco normativo inobservado, para lo cual prohibió que esa campaña y su divulgación publicitaria continuara, impartiendo al efecto órdenes a los medios de comunicación y a los jefes del gobierno local de los municipios del departamento del Huila para que hicieran efectiva la medida.

Por si fuera poco, la propia Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la parte final del actual artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, determinó que el mismo *“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*<sup>19</sup>.

Apreciación que reafirma aún más la conclusión a la que arribó la Sala en estas consideraciones, referida a que la promoción del voto en blanco es una campaña electoral como cualquiera otra, y que en esa medida, le son plenamente aplicables las disposiciones jurídicas que rigen las campañas electorales, entre ellas el deber de inscribirse ante la autoridad electoral competente, sujetarse a los topes máximos de financiación, beneficiarse con la reposición de votos en caso de que proceda y rendir cuentas ante el CNE.

Por otra parte, las objeciones que hacen algunos sujetos procesales al hecho de que por virtud de lo dispuesto en el artículo 152 literal c) de la Constitución, tan solo el Congreso de la República, a través de una ley estatutaria, tenía la competencia para limitar el ejercicio del derecho fundamental a apoyar la opción del voto en blanco, tampoco son aceptadas por la Sala para invalidar el acto acusado. Se recuerda que el CNE en este caso más que utilizar sus reglamentos lo que en realidad hizo fue aplicar directamente la Constitución y las leyes estatutarias que rigen la materia.

En efecto, esa entidad de la Organización Electoral, prevalida de sus funciones de inspección, vigilancia y control de "toda la actividad electoral", hizo operar en las elecciones atípicas de gobernador del departamento del Huila la facultad contemplada en el numeral 6º del artículo 265 Constitucional (mod. A. L. 01 de 2009 art. 12), consistente en "Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos... y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías".

Igualmente con el acto acusado dio plena aplicación a leyes de rango estatutario. Así lo hizo, por ejemplo con los artículos 22, 23 y 24 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", relacionados con aspectos como la divulgación política, la propaganda electoral y el empleo de los medios de comunicación para esos fines. También lo hizo con el artículo 2º de la Ley 996 de 24 de noviembre 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", que define lo que es una campaña electoral. Y, por último, igualmente lo hizo frente a los artículos 28 y 35 de la Ley 1475 de 14 de julio 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 regulan lo concerniente a la propaganda electoral y a la inscripción de las campañas enderezadas a promover la opción del voto en

blanco.

De otro lado, la hipótesis de que el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político es suficiente para que las personas naturales puedan libremente y sin el deber de inscribir comité promotor alguno, adelantar propaganda electoral y campaña de promoción al voto en blanco, no solamente desafía el ordenamiento constitucional y legal aquí examinado, como ya se explicó, sino también la lógica.

Tal posibilidad podría motivar, *u. gr.*, que los particulares, al margen de cualquier organización política, emprendan campañas electorales en las que acopien recursos financieros de origen desconocido y en cuantías considerables, y que con esos dineros inunden la respectiva circunscripción electoral sin consideración a los tiempos previstos para ello ni a la magnitud o extensión de esa publicidad, sin que el CNE pueda hacer nada.

Esto es, se llegaría al absurdo de considerar que los particulares, que no quisieron asociarse ni inscribir la campaña de promoción al voto en blanco, podrían hacer todo lo que quisieran bajo la concepción equivocada de que el sistema electoral —que comprende autoridades, actores y regulaciones—, solamente se le puede aplicar a los partidos y movimientos políticos y demás organizaciones, pero no a ellos, perspectiva que llevaría a que en la práctica los actores políticos prefirieran actuar invocando su condición de personas naturales, porque ello les garantizaría una libertad que inexorablemente rayaría en la arbitrariedad.

La Sala observa, además, que el hecho de que la campaña electoral de promoción del voto en blanco deba hacerse a través de un comité o de cualquiera otra forma de organización política, e inscribirse como una más de las respectivas candidaturas, no constituye una limitación desmedida al ejercicio del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior. Es todo lo contrario, la plena realización del principio de igualdad, en procura de que bajo el carácter general, impersonal y abstracto de la ley todos aquellos que participan del certamen electoral obren con sujeción a unas mismas reglas, para que ello no lleva a posiciones privilegiadas o desventajosas para algunos de ellos.

En fin, abundan las razones para desestimar las imputaciones que el señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra lanzó contra la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 expedida por el CNE, como quiera que la actuación desplegada por esta entidad no hizo más que garantizar la exigencia del marco normativo aquí mencionado, según el cual toda campaña electoral que se adelante para promover el voto en blanco debe previamente inscribirse bien por un partido o movimiento político con personería jurídica, por un movimiento social, por un grupo significativo de ciudadanos o por un comité independiente, deber que desatendieron las personas que impulsaban la propuesta de votar en blanco en las elecciones atípicas de gobernador a realizarse el 14 de abril de 2013. Por tanto, se negarán las pretensiones de la demanda.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 23 de junio de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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 No. 110010328000201300030-00, adelantada por el señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra contra el Consejo Nacional Electoral.

Segundo: En firme esta providencia archívese el expediente.

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

Notifíquese.

**Alberto Yepes Barreiro**

Presidente

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Aclaró voto

**Susana Buitrago Valencia**

**ACLARACIÓN DE VOTO CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**PUBLICIDAD ELECTORAL - Se aplica también a quienes no forman parte de partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadano / PROPAGANDA ELECTORAL - Se aplica también a quienes no forman parte de partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadano**

Con mi acostumbrado respeto, no obstante haber votado favorablemente la sentencia proferida por la Sección Quinta el 22 de enero dentro del proceso de la referencia y estar de acuerdo con la argumentación, manifiesto las razones por las que aclaro el voto con el que respaldé la decisión, por considerar que, la mayoría de la Sala debió también analizar si lo relacionado con la publicidad y propaganda electoral se aplica también a quienes no forman parte de partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadano. En efecto, la sentencia en comento, parte de la premisa de que, la propaganda electoral es cualquier forma de publicidad desplegada únicamente por los candidatos y los partidos y movimientos políticos para que los ciudadanos en ejercicio depositen a su favor el voto o para que se apoye la iniciativa impulsada por algún comité promotor. Lo anterior, si bien es parcialmente cierto, debe completarse con el análisis sobre el derecho a la participación política que tiene cualquier ciudadano ajeno a cualquier organización de este tipo o social, a título personal e individual, no solamente en ejercicio del mecanismo del sufragio, sino desplegando una actividad proselitista, se insiste a título individual. La posibilidad que tiene el elector a divulgar sus ideas políticas y a propender por obtener adhesión a determinados proyectos políticos, no puede verse excluida por el mero hecho de la omisión en las disposiciones legales de esa posibilidad.

Debe recordarse que tanto la Ley 130 de 1994 como el actual estatuto de los partidos y movimientos políticos (Ley 1475 de 2011), en lo atinente a la financiación de campañas, reposición de gastos, publicidad y rendición de cuentas respecto a gastos, alude únicamente a los partidos y movimientos políticos, a grupos de ciudadanos y a los propios candidatos. Esto es entendible en tanto resulta indispensable para la Organización Electoral tener un control y vigilancia de la actividad proselitista lo que genera unos derechos, obligaciones y responsabilidades para todos los agentes que intervienen en tal actividad, sin que constitucionalmente exista restricción para el ejercicio por parte del eslabón primario de la cadena política como es el ciudadano. Asunto diferente, como lo abordó la sentencia que aclaro, es que una organización que pretenda mayores alcances, beneficios y prerrogativas políticas requiera una logística más compleja, entre otras cosas una estructura plenamente constituida y el registro ante las autoridades electorales correspondientes con el objetivo de simplificar las funciones de vigilancia y control de la Organización Electoral y también para coordinar de manera óptima las retribuciones legales y económicas a tales asociaciones como consecuencia de su participación en las elecciones, lo que en principio está lejos y es extraño al mero ejercicio político por parte del ciudadano.

Por lo anterior, en mi opinión, nada obsta para que la regulación atinente en este caso al voto en blanco, se extienda al ejercicio individual y personal por parte de los ciudadanos, sin que hagan parte de determinados grupos, partidos o movimientos políticos, en atención a que las disposiciones y regulaciones sobre las campañas y propagandas electorales tienen como finalidad proteger la integridad de todo el certamen electoral sin distinguir su ejercicio individual por parte de los ciudadanos o colectivo por parte de los partidos o movimientos políticos o grupos de organizados de ciudadanos.

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., 22 de enero de 2015

Con mi acostumbrado respeto, no obstante haber votado favorablemente la sentencia proferida por la Sección Quinta el 22 de enero dentro del proceso de la referencia y estar de acuerdo con la argumentación, manifiesto las razones por las que ACLARO el voto con el que respaldé la decisión, por considerar que, la mayoría de la Sala debió también analizar si lo relacionado con la publicidad y propaganda electoral se aplica también a quienes no forman parte de partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadano.

En efecto, la sentencia en comento, parte de la premisa de que, la propaganda electoral es cualquier forma de publicidad desplegada únicamente por los candidatos y los partidos y movimientos políticos para que los ciudadanos en ejercicio depositen a su favor el voto<sup>20</sup> o para que se apoye la iniciativa impulsada por algún comité promotor.

Lo anterior, si bien es parcialmente cierto, debe completarse con el análisis sobre el derecho a la participación política que tiene cualquier ciudadano ajeno a cualquier organización de este tipo o social, a título personal e individual, no solamente en ejercicio del mecanismo del sufragio, sino desplegando una actividad proselitista, se insiste a título individual. La posibilidad que tiene el elector a divulgar sus ideas políticas y a propender por obtener adhesión a determinados proyectos políticos, no puede verse excluida por el mero hecho de la omisión en las disposiciones legales de esa posibilidad.

Debe recordarse que tanto la Ley 130 de 1994 como el actual estatuto de los partidos y movimientos políticos (Ley 1475 de 2011), en lo atinente a la financiación de campañas, reposición de gastos, publicidad y rendición de cuentas respecto a gastos, alude únicamente a los partidos y movimientos políticos, a grupos de ciudadanos y a los propios candidatos. Esto es entendible en tanto resulta indispensable para la Organización Electoral tener un control y vigilancia de la actividad proselitista lo que genera unos derechos, obligaciones y responsabilidades para todos los agentes que intervienen en tal actividad, sin que constitucionalmente exista restricción para el ejercicio por

<sup>20</sup> Ver página 35 de la sentencia.

parte del eslabón primario de la cadena política como es el ciudadano.

Asunto diferente, como lo abordó la sentencia que aclaro, es que una organización que pretenda mayores alcances, beneficios y prerrogativas políticas requiera una logística más compleja, entre otras cosas una estructura plenamente constituida y el registro ante las autoridades electorales correspondientes con el objetivo de simplificar las funciones de vigilancia y control de la Organización Electoral y también para coordinar de manera óptima las retribuciones legales y económicas a tales asociaciones como consecuencia de su participación en las elecciones, lo que en principio está lejos y es extraño al mero ejercicio político por parte del ciudadano. Sobre estos aspectos logísticos de los grupos perfectamente organizados tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala en Sentencia de 30 de octubre del pasado año dentro del radicado 110010328000201400000900<sup>21</sup> al decir:

“(…) que aun cuando la potestad reglamentaria<sup>22</sup> de manera general se encuentre atribuida al Presidente de la República y contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Norma Fundamental, el Consejo Nacional Electoral se encuentra facultado, para desarrollar ciertas disposiciones generales dentro de su ámbito de acción, es decir en aquellos asuntos de carácter electoral.

No sobra agregar que la facultad regulatoria del Consejo Nacional Electoral es restringida y limitada por cuanto debe ejercerse al igual que el poder reglamentario del Presidente de la República, de acuerdo con los preceptos legales y constitucionales<sup>23</sup> que rigen la materia que se pretenda desarrollar.

En relación con la potestad de regulación que le asiste al Consejo Nacional Electoral, la jurisprudencia de la

Corte Constitucional, así como la de esta Sección<sup>24</sup>, se ha ocupado de examinar los límites de tal facultad y concluyó que, de manera excepcional, el Consejo Nacional Electoral, puede expedir normas que no refieran a aspectos subordinados de la ley, a condición de que se trate de **asuntos técnicos de mero detalle sobre la organización electoral**.

Así lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-1081 de 2005:

*Abora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 265 como fuente de potestades de regulación en cabeza del Consejo Nacional Electoral, advirtiendo que dicha potestad se limita a la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa, destinadas a regular los temas propios de su competencia. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional consideró que el Consejo Nacional Electoral ejerce esta potestad al “reglamentar en cada caso todo lo demás relacionado con las consultas internas de los partidos”, tal como se lo confiere el artículo 10 de la Ley 130 de 1994. La Corte advirtió, sin embargo, que dicha potestad de reglamentación se limitaba a asuntos técnicos y de detalle*<sup>25</sup>. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En razón a las anteriores consideraciones, bajo el entendido que la competencia del Consejo Nacional Electoral se circunscribe a la expedición de normas de carácter operativo y administrativo en temas propios de su competencia, se puede afirmar que si tiene la facultad de expedir reglas, con esas características, relacionadas con los Comités Promotores del voto en blanco, puesto que tal como se ha mencionado, dichos comités tienen los mismos derechos y garantías que las campañas electorales y el Consejo Nacional Electoral tiene la competencia para velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos (...) y por el **desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías**.

En ese orden de ideas, el Consejo Nacional Electoral para garantizar el cumplimiento de derechos y garantías de los diferentes partidos, movimientos y grupos de ciudadanos que participan en la contienda electoral en igualdad de condiciones, está llamado a expedir procedimientos técnicos y administrativos, que además de estar sometidos al mandato de la ley, permitan su eficacia en el terreno de la realidad social y que en el caso particular se encaminen a permitir a los promotores del voto el blanco, el ejercicio de su derecho a la participación política mediante el disenso.

21 Demandante Jeritza Merchán Díaz y otros.

22 La potestad reglamentaria es "... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real". Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo. Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001.

23 Sentencia C-1005 de 2008. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador.

24 Al respecto pueden consultarse Sentencias 2011-00068-00 de 6 de mayo de 2013 y 2012-00034-00 de 12 de agosto de 2013.

25 Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es así, como dicha reglamentación corresponde a la función de "regular" el desarrollo de procesos electorales –únicamente normas de carácter operativo– en condiciones de plenas garantías, en este caso las mismas de cualquier campaña electoral.

Frente a los requisitos para la inscripción de campañas del voto en blanco, señalados en el artículo 2º de la resolución atacada, como ya se refirió en esta providencia (integración, número de apoyos, verificación de las firmas aportadas por la Registraduría, datos personales del vocero, y acta de constitución del comité promotor) considera la Sala tienen que ver con condiciones de carácter operativo, criterios técnicos de mero detalle, que se regulan conforme a las normas de carácter superior que establecieron disposiciones sobre la materia<sup>26</sup>: la Ley 1475 de 2011 en cuanto a la integración del comité y la Ley 130 de 1994 referente al porcentaje de los apoyos, así mismo los datos personales del vocero para correspondencia y el acta de constitución

para confirmar la voluntad de los miembros de conformar dicho comité, información mínima necesaria para adelantar el proceso de conformación del grupo promotor".

Por lo anterior, en mi opinión, nada obsta para que la regulación atinente en este caso al voto en blanco, se extienda al ejercicio individual y personal por parte de los ciudadanos, sin que hagan parte de determinados grupos, partidos o movimientos políticos, en atención a que las disposiciones y regulaciones sobre las campañas y propagandas electorales tienen como finalidad proteger la integridad de todo el certamen electoral sin distinguir su ejercicio individual por parte de los ciudadanos o colectivo por parte de los partidos o movimientos políticos o grupos de organizados de ciudadanos.

Cordialmente,

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

---

<sup>26</sup> A excepción de los puntos ya considerados en el primer cargo como más gravosos de conformidad con las normas en las que se fundamentan.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS****MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado para conocer de demandas en las que se controviertan actos expedidos por autoridades nacionales, si la demanda carece de cuantía / JUECES ADMINISTRATIVOS - Conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) smlv**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y por conducto de apoderada judicial, el señor Édgar Humberto Silva González solicita declarar nula la Resolución N°. 3049 del 29 de julio de 2014 “por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011” y la Resolución N°. 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

Adicionalmente, a título de “reparación patrimonial” como consecuencia de la nulidad, solicita se le reconozca por el Consejo Nacional Electoral la suma de cien millones de pesos por concepto de daño emergente representados en el pago de honorarios por defensa judicial en que incurrió, y la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales que padeció por cuenta del proceso sancionatorio seguido en su contra. Igualmente pidió la terminación de cualquier trámite administrativo o judicial “tendiente a hacer efectivo el contenido de los citados actos administrativos”. Sería del caso decidir sobre la admisión de la demanda, pero se advierte que se carece de competencia para conocerla por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho “con cuantía”.

El artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece, para efectos de la competencia del Consejo de Estado, que en tratándose de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controviertan actos expedidos por autoridades nacionales, es competente si la demanda “carece de cuantía”. Por lo tanto, ante la expresa pretensión indemnizatoria que contiene la demanda respecto de los perjuicios económicos que le fueron causados con el acto, cuya tasación a fin de estimar razonadamente la cuantía, fija en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000.00) m/cte., impone la necesidad de remisión de la demanda a la autoridad judicial competente, esto es, los Juzgados Administrativos del Circuito.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos “de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativo de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. En ese orden, teniendo en cuenta el lugar de expedición del acto, aspecto que determina igualmente la competencia pero por el factor territorial, la remisión se surtirá a los Jueces Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Primera, previo reparto que realice la oficina de apoyo judicial.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 149 / Ley 1437 de 2011 - artículo 155 numeral 3.

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

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

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

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00

Actor: Édgar Humberto Silva González

Demandado: Consejo Nacional Electoral

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y por conducto de apoderada judicial, el señor Édgar Humberto Silva González solicita declarar nula la Resolución N°. 3049 del 29 de julio de 2014<sup>1</sup> "por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011" y la Resolución N°. 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

Adicionalmente, a título de "reparación patrimonial" como consecuencia de la nulidad, solicita se le reconozca por el Consejo Nacional Electoral la suma de cien millones de pesos por concepto de daño emergente representados en el pago de honorarios por defensa judicial en que incurrió, y la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales que padeció por cuenta del proceso sancionatorio seguido en su contra. Igualmente pidió la terminación de cualquier trámite administrativo o judicial "tendiente a hacer efectivo el contenido de los citados actos administrativos".

1 La parte resolutive de dicha decisión es del siguiente tenor:  
*Artículo Primero. Declarar la violación de los límites de ingresos y gastos establecidos en la campaña electoral del candidato Édgar Humberto Silva González a la Alcaldía de Puerto Gaitán-Meta, avalada por el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U.*  
*Artículo Segundo. Sancionar al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U con la suspensión al derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) en las próximas elecciones por la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, esto es, lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011.*  
*Artículo Tercero. Abstenerse de sancionar al candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído.*  
*Artículo Cuarto. Ordenar al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U reintegre al Fondo Nacional de Financiación Política el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la campaña electoral del candidato Silva a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta), esto es, cinco millones trescientos veintiún mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848) m/cte. debido a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que reconocía tal derecho expedido por esta corporación de conformidad con las razones expuestas en este proveído.*  
*Artículo Quinto. Notifíquese la presente decisión, de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, al señor Alexander Vega apoderado del señor Édgar Humberto Silva González y al Ministerio Público.*  
*Artículo Sexto. Enviase copia de la presente resolución a la Oficina Jurídica de esta corporación, para que presente ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida de cargo del señor Édgar Humberto Silva, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.*  
*Artículo Séptimo. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Comuníquese, notifíquese y cúmplase.*  
*Dado en Bogotá D. C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de 2014".*

Sería del caso decidir sobre la admisión de la demanda, pero se advierte que se carece de competencia para conocerla por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho "con cuantía".

El artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece, para efectos de la competencia del Consejo de Estado, que en tratándose de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controviertan actos expedidos por autoridades nacionales, es competente si la demanda "carece de cuantía". Por lo tanto, ante la expresa pretensión indemnizatoria que contiene la demanda respecto de los perjuicios económicos que le fueron causados con el acto, cuya tasación a fin de estimar razonadamente la cuantía, fija en la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000.00) m/cte., impone la necesidad de remisión de la demanda a la autoridad judicial competente, esto es, los Juzgados Administrativos del Circuito.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos "de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativo de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

En ese orden, teniendo en cuenta el lugar de expedición del acto, aspecto que determina igualmente la competencia pero por el factor territorial<sup>2</sup>, la remisión se surtirá a los Jueces Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Primera, previo reparto que realice la oficina de apoyo judicial.

Por lo expuesto, se

### RESUELVE

**Primero.** Remítase el expediente, al día siguiente de surtida la notificación de esta providencia, a la Oficina Judicial de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá - Sección Primera para que realice el reparto del presente proceso.

Notifíquese y cúmplase.

**Susana Buitrago Valencia**  
Consejera de Estado

2 Artículo 156-2 CPACA.

**LEY 1475 DE 2011 - Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimiento políticos / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado para conocer respecto de las sanciones a organizaciones políticas / RECURSO DE REPOSICIÓN - Contra auto que remitió por competencia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a los juzgados administrativos / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Admisión de la demanda**

El apoderado judicial del demandante recurre en reposición el auto de 27 de febrero de 2015 por el cual el Despacho remitió por competencia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto de contenido electoral que presentó ante esta Corporación, a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá en atención del factor cuantía. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó declarar nula la Resolución N°. 3049 de 29 de julio de 2014 “por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011” y la Resolución N°. 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

En dichos actos, la autoridad electoral sancionó al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- con la suspensión del derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) en las próximas elecciones, y le impuso reintegrar el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la campaña electoral. Igualmente dispuso el Consejo Nacional Electoral que por conducto de su Oficina Jurídica, se solicitara ante la autoridad judicial pertinente el decreto de pérdida del cargo contra el señor Édgar Humberto Silva, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

Del contenido de los actos cuestionados, la Sala advierte claramente que se emitieron en virtud del régimen sancionatorio de que trata 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”, cuyo procedimiento se estableció en el artículo 13. Si bien inicialmente este despacho consideró pertinente la remisión por competencia de la demanda con fundamento en lo que disponen los artículos 149 y 155 del CPACA por incluir pretensiones de índole patrimonial y en consecuencia tener

cuantía, lo cierto es que la norma estatutaria, que por demás es posterior a la Ley 1437 de 2011 y es especial respecto de sanciones a organizaciones políticas, fijó el conocimiento de estos asuntos en cabeza del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin distinguir si la pretensión anulatória de la sanción iba o no aparejada adicionalmente, a reclamar indemnización.

En ese orden, prevalece la competencia especial del estatuto citado, razón por la cual, se dejará sin efectos la decisión impugnada vía recurso de reposición y este despacho procederá a proveer sobre su admisión. Revisado el contenido de la demanda y de sus anexos, se advierte que esta reúne el cúmulo de requisitos para que la misma sea admitida, siguiendo las directrices trazadas en el artículo 171 del CPACA, y en consecuencia se ordenará su notificación tanto a las partes, como al Directorio Nacional del Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- por tener interés directo en las resultas del proceso y al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado según lo establece el artículo 199 del CPACA.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 13 numeral 7 / Ley 1437 de 2011 - artículo 162 / Ley 1437 de 2011 - artículo 166 / Ley 1437 de 2011 - artículo 171 / Ley 1437 de 2011 - artículo 199 / Ley 1437 de 2011 - artículo 242.

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

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00

Actor: Édgar Humberto Silva González

Demandado: Consejo Nacional Electoral

El apoderado judicial del demandante recurre en reposición el auto de 27 de febrero de 2015 por el cual el Despacho remitió por competencia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto de contenido electoral que presentó ante esta Corporación, a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá en atención del factor cuantía.

Fundamenta su inconformidad con la remisión en que el numeral 7 del artículo 13 de la Ley 1475 de 2011 otorga competencia al Consejo de Estado para conocer “de las decisiones administrativas sancionatorias expedidas por el Consejo Nacional Electoral”, por lo que estima, no debió remitirse el proceso.

Para resolver, se

## CONSIDERA

### 1. Procedencia del recurso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 del CPACA El recurso de reposición es procedente en este caso, por impugnarse un proveído no susceptible de apelación o súplica.

### 2. Del fondo del asunto

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó declarar nula la Resolución N°. 3049 del 29 de julio de 2014 "por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011" y la Resolución N°. 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

También solicitó que como consecuencia de la nulidad se le reconociera por la entidad demandada la suma de cien millones de pesos por concepto de daño emergente -representados en el pago de honorarios por defensa judicial en que incurrió-, y la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales que padeció por cuenta del proceso sancionatorio seguido en su contra. Igualmente pidió la terminación de cualquier trámite administrativo o judicial "tendiente a hacer efectivo el contenido de los citados actos administrativos".

En dichos actos, la autoridad electoral sancionó al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- con la suspensión del derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) en las próximas elecciones, y le impuso reintegrar el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la campaña electoral<sup>1</sup>. Igualmente dispuso el Consejo Nacional Electoral que por conducto de su Oficina Jurídica, se solicitara ante la autoridad judicial pertinente el decreto de pérdida del cargo contra el señor Édgar Humberto Silva, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011<sup>2</sup>.

1 Por valor de cinco millones trescientos veintitán mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848) m/cte.

2 "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."

Del contenido de los actos cuestionados, la Sala advierte claramente que se emitieron en virtud del régimen sancionatorio de que trata 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", cuyo procedimiento se estableció en el artículo 13. La norma es del siguiente tenor:

"Artículo 13. *Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos.* El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.

1. La resolución mediante la cual ordene la apertura de la correspondiente investigación deberá formular cargos, claramente las faltas atribuibles, los hechos objeto de investigación, las pruebas de que dispone, las disposiciones infringidas y las sanciones aplicables. Si el Consejo Nacional Electoral no dispusiere de elementos de juicio suficientes para formular cargos, adelantará previamente la correspondiente indagación preliminar, de cuyo inicio informará a la respectiva organización política.

2. La resolución de apertura de investigación ordenará notificar personalmente al representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación, a las personas implicadas en los hechos objeto de investigación y al Ministerio Público.

3. El representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación y las personas implicadas en los hechos objeto de investigación, podrán responder los cargos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al de la notificación personal.

4. Una vez presentados los descargos o transcurrido el plazo para ello, la corporación decretará las pruebas solicitadas y/o las que considere necesarias practicar, para lo cual dispondrá de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia mediante la cual se decretaron. El consejero ponente podrá prorrogar el término probatorio por dos (2) meses más a fin de garantizar la recaudación de la totalidad de las pruebas decretadas o para la práctica de nuevas pruebas en los casos en que considere necesario decretarlas para mejor proveer.

5. Concluido el término probatorio se dará traslado a las personas vinculadas a la investigación así como al Ministerio Público, por quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos de conclusión, transcurridos los cuales el proceso entrará al despacho del ponente para decisión, la cual deberá dictarse dentro de los dos (2) meses siguientes.

6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social

o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos.

Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

7. La decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral podrá ser demandada ante el Consejo de Estado. Cuando la sanción sea la disolución, cancelación o suspensión de la personería jurídica, la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio se tramitará en forma preferencial y será sustentada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus y el de las acciones de tutela” (lo subrayado fuera de texto).

Si bien inicialmente este despacho consideró pertinente la remisión por competencia de la demanda con fundamento en lo que disponen los artículos 149 y 155 del CPACA por incluir pretensiones de índole patrimonial y en consecuencia tener cuantía, lo cierto es que la norma estatutaria, que por demás es posterior a la Ley 1437 de 2011 y es especial respecto de sanciones a organizaciones políticas, fijó el conocimiento de estos asuntos en cabeza del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin distinguir si la pretensión anulatoria de la sanción iba o no aparejada adicionalmente, a reclamar indemnización.

En ese orden, prevalece la competencia especial del estatuto citado, razón por la cual, se dejará sin efectos la decisión impugnada vía recurso de reposición y este despacho procederá a proveer sobre su admisión así:

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho cumple con los requisitos del artículos 162 y 166 del CPACA, relacionados con la designación de las partes y sus representantes; las pretensiones expresadas de manera clara y precisa; los hechos y omisiones en que se basan; los fundamentos de derecho que las soportan; la solicitud de pruebas que se quieran hacer valer y; el lugar y dirección donde las partes recibirán las notificaciones personales.

Respecto de la oportunidad en que fue presentada, se tiene que aun cuando con ella no se allegó constancia de notificación del acto cuestionado, es lo cierto que el libelo fue incoado<sup>3</sup> dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha que este se produjo, esto es el 20 de octubre de 2014, razón suficiente para considerar que se hizo en tiempo.

Entonces, como revisado el contenido de la demanda y de sus anexos, se advierte que esta reúne el cúmulo de requisitos para que la misma sea admitida, siguiendo las directrices trazadas en el artículo 171 del CPACA, y en consecuencia se ordenará

su notificación tanto a las partes, como al Directorio Nacional del Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- por tener interés directo en las resultas del proceso y al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado según lo establece el artículo 199 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, se

## RESUELVE

**Primero. Dejar sin efecto** el auto de 27 de febrero de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. Admitir** la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Édgar Humberto Silva González, con el objeto de que se anule Resolución N°. 3049 del 29 de julio de 2014 “por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011” y la Resolución N°. 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral. Por Secretaría procédase a:

- Notificar personalmente al Consejo Nacional Electoral por conducto de su Presidente o a quien este haya delegado tal facultad, en su carácter de autoridad demandada. Para tal efecto se le entregará copia de la demanda y de sus anexos.

- Notificar personalmente al Directorio Nacional del Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, por tener interés directo en las resultas del proceso.

- Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

- Notificar personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por conducto de su Director, por tener interés directo en las resultas del proceso.

- Notificar por estado al actor.

**Tercero.** Cumplidas las diligencias de notificación, **córrase traslado** de la demanda por el término previsto en el artículo 172 del CPACA, dentro del cual se podrá contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas.

Notifíquese y cúmplase.

**Susana Buitrago Valencia**  
Consejera de Estado

<sup>3</sup> El libelo se radicó el 17 de febrero del presente año.



## NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Oportunidad para presentar la demanda / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Contenido de la demanda - MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Anexos de la demanda / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Admisión de la demanda**

De conformidad con el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso 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. En el sub lite, la entidad demandante pretende que se declare la nulidad de los Acuerdos 17 y 18 de 2015, cuya publicación se llevó a cabo en los Diarios Oficiales 49.562 del 3 de julio y 49.565 del 6 de julio de 2015.

Por lo anterior, comoquiera que entre la publicación de los actos que se cuestionan y la presentación de la demanda ante la Secretaría de esta Sección, que ocurrió el 3 de agosto de 2015, transcurrieron menos de 30 días, se concluye que la misma fue presentada en oportunidad. De otra lado, para que proceda la admisión de la demanda electoral, según el artículo 276 del CPACA, es preciso que reúna los requisitos formales que prevé el artículo 162 ibídem, relacionados con: i) la designación de las partes y sus representantes; ii) las pretensiones expresadas de manera clara y precisa; iii) los hechos y omisiones en que se basan; iv) los fundamentos de derecho que las soportan; v) la solicitud de pruebas que se quieran hacer valer y; vi) el lugar y dirección donde las partes recibirán las notificaciones personales. Aunado a lo anterior, el Código señala que a la demanda deberá acompañarse también, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso; los documentos y pruebas anticipadas que

se pretenda hacer valer; el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona; la prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado y; las copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público.

En el caso particular, el Despacho conductor del proceso mediante auto del 10 de agosto de 2015, inadmitió la demanda a efectos de que el Ministerio actor incluyera como acto demandado el Acuerdo 018 de 2015 en razón a que éste constituye una unidad con el acto de elección, toda vez que es aclaratorio del período que se fijó inicialmente al Rector demandado y, además, que acompañara poder para actuar respecto de dicho acto. De esta manera y, comoquiera que el medio de control se ejerció en oportunidad y la orden de corrección se cumplió y además se atienden los requisitos formales para su instauración, la demanda se admitirá y se le impartirá el trámite previsto por el artículo 277 del CPACA.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 164 numeral 2 literal / a Ley 1437 de 2011 - artículo 162 / Ley 1437 de 2011 - artículo 276 / Ley 1437 de 2011 - artículo 277

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Suspensión provisional de los efectos del acto de elección / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No implica prejuzgamiento / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone en su capítulo XI la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que tal decisión implique de parte del operador jurídico, prejuzgamiento respecto del asunto sometido a examen. De acuerdo con las normas que rigen las medidas cautelares, es preciso señalar que constituye una de ellas, la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y de acuerdo con el artículo 229 del CPACA

exige “petición de parte debidamente sustentada”. Ahora bien, cuando se pretenda la suspensión provisional de los actos administrativos en ejercicio de los medios de control previstos con tal propósito (nulidad y nulidad y restablecimiento), es preciso que quien invoque la medida, acredite el cumplimiento de los requisitos que fija el artículo 231 *ibidem*.

Tal normativa señala que la suspensión 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”. Lo anterior implica necesariamente que el actor: i) la invoque de manera expresa en su escrito de demanda o en memorial separado, ii) la funde en el concepto de violación, para lo cual indicará su remisión a este contenido, o a los argumentos que considere pertinentes para sustentarla y iii) en materia de nulidad electoral la debe solicitar antes de admitir la demanda, salvo que haya operado el fenómeno de la caducidad. Tal razonamiento obedece a que la medida se debe resolver en el auto admisorio, en los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA. Ahora bien, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones invocadas, y que dicha transgresión surge bien 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.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 229 / Ley 1437 de 2011 - artículo 231 / Ley 1437 de 2011 - artículo 277

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Elección de rector de la Universidad Popular del Cesar / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran los elementos necesarios para decretarla**

El Ministerio accionante funda su solicitud de medida cautelar en la presunta inhabilidad en la que incurre el elegido Rector de la Universidad Popular del Cesar, que radica en que “no podrá ser candidato a rector quien haya ejercido funciones de administración, dirección o gobierno durante los tres meses anteriores a la fecha prevista para la designación. Asegura que en esta prohibición incurre porque tuvo la calidad de representante de los exrectores ante el Consejo Superior Universitario, y además es docente de dicha universidad. En estos términos también soporta el desconocimiento del artículo 67 de la Ley 30 de 1992. Como se advierte de la lectura de la demanda en el escrito no se indica expresamente la norma estatutaria que estima infringida pues no la identifica; sin embargo, comoquiera que la transcribió ha de dársele el alcance tal y pasar a su examen a efectos de establecer si en este momento procesal se prueba tal infracción. Ahora bien, aunque en el sub lite se predica que el elegido tuvo la condición de representante de los exrectores en el Consejo

Superior Universitario y de docente de tiempo completo, lo cierto es que no se probó con los documentos que fueron acompañados con la demanda que el señor Carlos Emiliano Oñate Gómez lo hubiese integrado y el período en que presuntamente se desempeñó como tal. Tampoco se aportó la certificación a la que aluden en el escrito de demanda sobre el ejercicio de la docencia de tiempo completo en la Universidad Popular del Cesar. La acreditación sobre estas circunstancias impide establecer si se dan las condiciones o elementos de las prohibiciones que se plantean. En conclusión esta omisión probatoria impide realizar la confrontación de las normas consideradas transgredidas a efectos de establecer el supuesto fáctico que se invoca con tal propósito.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunta infracción del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 “Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”, debe llegarse a idéntica conclusión por cuanto al no existir prueba o certificado de la que se derive que el señor Carlos Oñate fungió como representante de los ex rectores del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, no es posible realizar el examen de confrontación normativa que se alega como desconocida por los actos acusados. Estas situaciones relevan a la Sala de referirse a la violación específica que se plantea frente a tales prohibiciones que a juicio del Ministerio accionante impedían la elección del demandando como Rector de la Universidad Popular del Cesar, toda vez que la transgresión que se invoca no puede surgir simplemente del análisis de las normas señaladas como vulneradas, sino que se hacía necesario que se probara el ejercicio de dicha representación para de allí emprender el estudio sobre si ésta constituía el desempeño de las funciones que califica el estatuto de la Universidad como prohibidas y también determinar si el Decreto 128 de 1976, le resulta aplicable a la universidades estatales dado el régimen de autonomía que las gobierna.

Finalmente, es de aclarar que la violación que se invoca de las normas constitucionales y de las del CPACA no se encuentra estructurada en un concepto de violación específico, del cual se imponga un análisis en este momento procesal, se aluden a éstas como fundamento de los cargos propuestos, los cuales y para el momento de decidir de fondo, serán objeto de examen bajo las consideraciones que allí se expongan. Así las cosas, el pronunciamiento sobre la violación que se plantea en esta demanda solo podrá llevarse a cabo cuando al proceso concurra el elegido y la autoridad que expidió el acto y se determine si ocupó tal representación ante el Consejo Superior Universitario y el cargo de docente, y si su ejercicio representa que incurrió en alguna de las prohibiciones que fueron alegadas. Bajo este orden de ideas la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección y su aclaratorio, se negará.

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Ministerio de Educación Nacional

Demandado: Universidad Popular del Cesar

Corresponde a la Sala resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia y la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que contiene la elección del Rector de la Universidad Popular del Cesar y aquel que lo aclaró en cuanto a su período<sup>1</sup>.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El Ministerio de Educación Nacional por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de los Acuerdos 17<sup>2</sup> y 18<sup>3</sup> de 2015, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, por medio de los cuales se eligió como Rector de dicho ente universitario al señor Carlos Emiliano Oñate Gómez y se corrigió este primer acto en cuanto al período comprendido, que finalmente se fijó desde el 7 de julio de 2015 y hasta el 6 de julio de 2019.

2. La solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados

La apoderada de la entidad pública accionante plantea "solicitud de medida cautelar" la que funda en los artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y como explicación de la misma dice que han de considerarse los argumentos que esgrime en el acápite de normas violadas y concepto de violación.

Señala que los actos acusados vulneran los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política; 3, 11, 12 y 275 numeral 5<sup>o</sup> de la

Ley 1437 de 2011 y 67 de la Ley 30 de 1993, disposiciones que transcribe para de ellas explicar que las "Instituciones Técnicas Profesionales" tendrán autonomía para darse y modificar sus estatutos.

Refiere que la Universidad Popular del Cesar expidió su estatuto general, sus reglamentos y acuerdos tendientes al manejo académico, financiero y administrativo y, conforme a estos, expidió el Acuerdo 17 de 2015 por el cual designó al Rector de dicho ente universitario, que a juicio del Ministerio actor, desconoció las formas procesales establecidas.

En específico considera que en el marco de la autonomía universitaria la Universidad Popular del Cesar establece como requisito para ser rector que no esté incurso en las **inhabilidades o incompatibilidades** establecidas en la Ley o en los estatutos de dicho Ente. Que corresponde a una inhabilidad estatutaria la de "no podrá ser candidato a Rector quien haya ejercido funciones de administración, dirección o gobierno durante los tres meses anteriores a la fecha prevista para la designación".

Que en el *sub lite*, el señor Carlos Oñate es **funcionario público** y fue representante de los ex rectores, es decir, tuvo la calidad de integrante del Consejo Superior y tiene la condición de **empleado público**, por lo tanto incurrió en los impedimentos e inhabilidades previstos por la Ley.

Además de las normas que citó infringidas, también hace alusión a la presunta violación del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 "por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas", basado en que: **i)** en la sesión de febrero de 2015 del Consejo Superior "se mencionó" la renuncia del señor Carlos Oñate como representante de los ex rectores, **ii)** Que esta Corporación en sentencia del 24 de junio de 2004 determinó que dicha norma establece una prohibición a los gerentes o directores de volver a prestar sus servicios profesionales a las entidades a las que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente a su retiro y, **iii)** que los servicios profesionales a los que se refiere esta disposición, estima pueden prestarse en virtud de una vinculación legal o reglamentario o mediante una acción contractual.

Que en el caso del demandado y de acuerdo con la certificación<sup>4</sup> proferida por el Secretario General y la Oficina de Gestión del Desarrollo Humano, el señor Carlos Emiliano Oñate Gómez está vinculado con la Universidad como docente de tiempo completo y tal situación lo hace estar incurso en la inhabilidad del artículo 67 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 10 del Decreto 128 de 1976; además fue integrante del Consejo Superior Universitario hasta el 3 de febrero de 2015, lo que le imposibilitaba para prestar sus servicios profesionales a la universidad durante el año siguiente.

1 La inclusión del último de los actos obedeció a que se atendió la orden de corrección de la demanda contenida en el auto del 10 de agosto de 2015, según se advierte del memorial radicado a los folios 201 y 211 del expediente.

2 El artículo primero señala: "Designar en comisión al docente de carrera Carlos Emiliano Oñate Gómez como Rector en propiedad de la Universidad Popular del Cesar para el periodo comprendido del 8 de julio de 2015 hasta el 7 de julio de 2019"

3 El artículo primero señala: "PRECISAR Y ACLARAR el artículo primero del Acuerdo número 017 del 2 de julio de 2015, el cual quedará así: "Designar en comisión al docente de carrera Carlos Emiliano Oñate Gómez como Rector en propiedad de la Universidad Popular del Cesar para el periodo comprendido del 7 de julio de 2015 hasta el 6 de julio de 2019".

4 Pese a que invoca o hace alusión a la existencia de una certificación lo cierto es que con el escrito de demanda no fue allegada.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sección tiene competencia<sup>5</sup> para conocer en única instancia de la presente demanda contra el acto de elección del Rector de la Universidad Popular del Cesar<sup>6</sup> expedido por el Consejo Superior Universitario, ente de carácter nacional<sup>7</sup> de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4<sup>o</sup> del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999<sup>8</sup>.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del CPACA la decisión sobre la solicitud de suspensión provisional en las acciones de nulidad electoral deben resolverse en el auto admisorio, por el Juez, la Sala o Sección, según corresponda.

### 2. De los requisitos oportunidad y formales de la demanda

De conformidad con el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso que la elección se haya declarado en

5 En fallo del 2 de enero de 2014, la Sección ya se había pronunciado en tal sentido. Exp. N°: 110010328000-2012-00074-00. Demandante: Guillermo Andrés Echavarría Gil. Demandado: Rosy Margarita Cotes Cortés - Representante de los Estudiantes Universidad Popular del Cesar. Electoral - Única instancia

6 Esta universidad fue creada por la Ley 34 de 1976 "Por la cual el Instituto Tecnológico Universitario del Cesar se transforma en la Universidad Popular del Cesar y se dictan otras disposiciones" en los siguientes términos: "Artículo 1°. Créase la Universidad Popular del Cesar, como un establecimiento público autónomo, con personería jurídica, cuyo objetivo primordial será la investigación y la docencia a través de programas que conduzcan a la obtención de licenciaturas, grados profesionales y títulos académicos, como lo es el de doctor" y en cuanto a su naturaleza esgrimió: "Artículo 2°. La naturaleza jurídica, la organización administrativa y la estructura académica o programas de estudio e investigación de las facultades, escuelas y departamentos de la Universidad Popular del Cesar, serán los mismos de la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con la Ley 65 de 1963 y demás disposiciones legales, excepto su Consejo Superior Universitario que estará integrado de la siguiente manera: [...] que le otorga condición de nacional por cuanto desde entonces se encuentra adscrita al Ministerio de Educación Nacional.

7 El Acuerdo 001 de 1994 que contiene el Estatuto General de la Universidad al definir la naturaleza de la institución consagra en su artículo 4°: "La Universidad Popular del Cesar es un ente universitario autónomo con régimen especial vinculado al Ministerio de Educación Nacional (artículos 28, 30 y 57 de la Ley 30 de 1992) creada según Ley 34 de noviembre 19 de 1976 y reconocida institucionalmente como Universidad por la Resolución número 3272 del 25 de junio de 1993". (Subrayas y negrillas de la Sala).

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: (...)

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.

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)

audiencia pública, evento en el cual dicho término empezará a contarse a partir del día siguiente a tal diligencia.

En el *sub lite*, la entidad demandante pretende que se declare la nulidad de los Acuerdos 17 y 18 de 2015, cuya publicación se llevó a cabo en los Diarios Oficiales 49.562<sup>10</sup> del 3 de julio y 49.565<sup>11</sup> del 6 de julio de 2015.

Por lo anterior, comoquiera que entre la publicación de los actos que se cuestionan y la presentación de la demanda ante la Secretaría de esta Sección, que ocurrió el 3 de agosto de 2015<sup>12</sup>, transcurrieron menos de 30 días, se concluye que la misma fue presentada en oportunidad.

De otra lado, para que proceda la admisión de la demanda electoral, según el artículo 276 del CPACA, es preciso que reúna los requisitos formales que prevé el artículo 162 *ibidem*, relacionados con: i) la designación de las partes y sus representantes; ii) las pretensiones expresadas de manera clara y precisa; iii) los hechos y omisiones en que se basan; iv) los fundamentos de derecho que las soportan; v) la solicitud de pruebas que se quieran hacer valer y; vi) el lugar y dirección donde las partes recibirán las notificaciones personales.

Aunado a lo anterior, el Código señala que a la demanda deberá acompañarse también<sup>13</sup>, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso; los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer; el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona; la prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado y; las copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público.

En el caso particular, el Despacho conductor del proceso mediante auto del 10 de agosto de 2015, inadmitió la demanda a efectos de que el Ministerio actor incluyera como acto demandado el Acuerdo 018 de 2015 en razón a que éste constituye una unidad con el acto de elección, toda vez que es aclaratorio del período que se fijó inicialmente al Rector demandado y, además, que acompañara poder para actuar respecto de dicho acto.

De esta manera y, comoquiera que el medio de control se ejerció en oportunidad y la orden de corrección se cumplió y además se atienden los requisitos formales para su instauración, la demanda se admitirá y se le impartirá el trámite previsto por el artículo 277 del CPACA.

### 3. De la suspensión provisional de los efectos del acto de elección

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone en su capítulo XI<sup>14</sup> la posibilidad de decretar

10 Folio 157 vto. -158 del expediente.

11 Folio 186 vto. -187 del expediente.

12 Folio 25 vto.

13 Artículo 166 CPACA.

14 Que hace parte del Título V "Demanda y Proceso Contencioso Administrativo".

medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que tal decisión implique de parte del operador jurídico, prejuicio respecto del asunto sometido a examen.

**De acuerdo con las normas que rigen las medidas cautelares, es preciso señalar que constituye una de ellas, la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y de acuerdo con el artículo 229 del CPACA exige "petición de parte debidamente sustentada".**

Ahora bien, cuando se pretenda la suspensión provisional de los actos administrativos en ejercicio de los medios de control previstos con tal propósito (nulidad y nulidad y restablecimiento), es preciso que quien invoque la medida, acredite el cumplimiento de los requisitos que fija el artículo 231 ibídem. Tal normativa señala que la suspensión 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".

Lo anterior implica necesariamente que el actor: i) la invoque de manera expresa en su escrito de demanda o en memorial separado, ii) la funde en el concepto de violación, para lo cual indicará su remisión a este contenido, o a los argumentos que considere pertinentes para sustentarla y iii) en materia de nulidad electoral la debe solicitar antes de admitir la demanda, salvo que haya operado el fenómeno de la caducidad. Tal razonamiento obedece a que la medida se debe resolver en el auto admisorio, en los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA.

Ahora bien, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones invocadas, y que dicha transgresión surge bien 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.

#### 4. De la decisión

El Ministerio accionante funda su solicitud de medida cautelar en la presunta inhabilidad en la que incurre el elegido Rector de la Universidad Popular del Cesar, que radica en que "*no podrá ser candidato a rector quien haya ejercido funciones de administración, dirección o gobierno durante los tres meses anteriores a la fecha prevista para la designación*". Asegura que en esta prohibición incurre porque tuvo la calidad de representante de los ex rectores ante el Consejo Superior Universitario, y además es docente de dicha universidad. En estos términos también soporta el desconocimiento del artículo 67 de la Ley 30 de 1992.

Como se advierte de la lectura de la demanda en el escrito no se indica expresamente la norma estatutaria que estima infringida pues no la identifica<sup>15</sup>; sin embargo, comoquiera que

15 La Sala aclara que según consulta en la página web de la Universidad

la transcribió ha de dársele el alcance tal y pasar a su examen a efectos de establecer si en este momento procesal se prueba tal infracción.

Ahora bien, aunque en el *sub lite* se predica que el elegido tuvo la condición de representante de los exrectores en el Consejo Superior Universitario y de docente de tiempo completo, lo cierto es que no se probó con los documentos que fueron acompañados con la demanda<sup>16</sup> que el señor Carlos Emiliano Oñate Gómez lo hubiese integrado y el período en que presuntamente se desempeñó como tal. Tampoco se aportó la certificación a la que aluden en el escrito de demanda sobre el ejercicio de la docencia de tiempo completo en la Universidad Popular del Cesar. La acreditación sobre estas circunstancias impide establecer si se dan las condiciones o elementos de las prohibiciones que se plantean.

En conclusión esta omisión probatoria impide realizar la confrontación de las normas consideradas transgredidas a efectos de establecer el supuesto fáctico que se invoca con tal propósito.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunta infracción del artículo 10<sup>17</sup> del Decreto 128 de 1976 "*Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas*", debe llegarse a idéntica conclusión por cuanto al no existir prueba o certificado de la que se derive que el señor Carlos Oñate fungió como representante de los exrectores del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, no es posible realizar el examen de confrontación normativa que se alega como desconocida por los actos acusados.

Estas situaciones relevan a la Sala de referirse a la violación específica que se plantea frente a tales prohibiciones que a juicio del Ministerio accionante impedían la elección del demandando como Rector de la Universidad Popular del Cesar, toda vez que la transgresión que se invoca no puede surgir simplemente del análisis de las normas señaladas como vulneradas, sino que se hacía necesario que se probara el ejercicio de dicha representación para de allí emprender el estudio sobre si ésta constituía el desempeño de las funciones que califica el estatuto de la Universidad como prohibidas y también determinar si el Decreto 128 de 1976, le resulta aplicable a la universidades estatales dado el régimen de autonomía que las gobierna.

Popular del Cesar la transcripción que hace la apoderada del Ministerio de Educación Nacional corresponde al párrafo del artículo 1° del Acuerdo 038 de 31 de julio de 2004, que derogó el Acuerdo 033 del 15 de junio de 2004, el que a su vez había modificado el artículo 21 del Estatuto General de la Universidad.

16 Únicamente acompañó copia y publicación de los Acuerdos 004, 010, 016, 023, 016, 017 y 018 todos del 2005 y de la Resolución N° 1724 del 6 de julio, también de 2015. Todas las publicaciones se realizaron en el Diario Oficial.

17 "Artículo 10.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que bagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece."

Finalmente, es de aclarar que la violación que se invoca de las normas constitucionales y de las del CPACA no se encuentra estructurada en un concepto de violación específico, del cual se imponga un análisis en este momento procesal, se aluden a éstas como fundamento de los cargos propuestos, los cuales y para el momento de decidir de fondo, serán objeto de examen bajo las consideraciones que allí se expongan.

Así las cosas, el pronunciamiento sobre la violación que se plantea en esta demanda solo podrá llevarse a cabo cuando al proceso concurra el elegido y la autoridad que expidió el acto y se determine si ocupó tal representación ante el Consejo Superior Universitario y el cargo de docente, y si su ejercicio representa que incurrió en alguna de las prohibiciones que fueron alegadas.

Bajo este orden de ideas la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección y su aclaratorio, se negará.

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 por intermedio de apoderada judicial el Ministerio de Educación Nacional, con el objeto de obtener la anulación del Acuerdo 17 de 2015 acto que declaró la elección del Rector de la Universidad Popular del Cesar, señor Carlos Emiliano Oñate Gómez y su aclaratorio el Acuerdo N° 18 también de 2015, expedidos por el Consejo Superior Universitario.

En consecuencia, en aplicación del artículo 277 del CPACA, se dispone:

1. Notificar personalmente esta providencia al señor Carlos Emiliano Oñate Gómez en su calidad de Rector de la Universidad Popular del Cesar. Para efectos de realizar la notificación personal, se comisiona al Tribunal Administrativo del Cesar. Por Secretaría, líbrese despacho al señor Presidente de esa Corporación, con los insertos del caso, remitiéndole copia de la demanda y de sus anexos, a fin de que el Magistrado a quien le corresponda el asunto por reparto adelante la actuación pertinente. De no ser

posible la notificación dentro del término señalado en el literal a) del numeral 1° del artículo 277 del CPACA, deberá proceder en la forma subsidiaria prevista en los literales b) y c) de la disposición en cita.

2. Notificar personalmente esta providencia a los integrantes y al Presidente del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar, en su carácter de autoridad que expidió el acto demandado. Para tal efecto se acudirá al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 del CPACA, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales.
3. Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.
4. Notificar por estado a la apoderada del Ministerio demandante.
5. Infórmese a la comunidad la existencia de este proceso de conformidad con el numeral 5° del artículo 277 del CPACA.
6. Notificar personalmente esta providencia a la representante legal de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico en armonía con el artículo 197 del CPACA, para que en caso de que decida intervenir en este proceso de naturaleza especial acuda en la oportunidad que establece el artículo 279 ibídem.

**Segundo.** Negar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, por lo expuesto en la parte motiva.

**Tercero.** Reconocer personería a la doctora Diana Marcela Vargas Avellaneda para que actúe en representación del Ministerio de Educación Nacional, en los términos y para los efectos de los poderes que obran a los folios 1 y 206 del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidenta

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Procedencia de las medidas cautelares / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - No requiere traslado a la parte demandada**

En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen. El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

A partir de las normas que regulan las medidas cautelares y según lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la "petición de parte debidamente sustentada". Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del CPACA. La norma señaló que la suspensión 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". Así, la suspensión provisional de los efectos del acto que se acusa de nulidad es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones invocadas, que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En este caso, el Despacho advierte que por tratarse de una medida de urgencia solicitada por el actor desde la presentación de la demanda, no se ordena el traslado a la parte demandada, según lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 229 / Ley 1437 de 2011 - artículo 231 / Ley 1437 de 2011 - artículo 234

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral / ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Resolución por medio de la cual se unificó el procedimiento relativo a la presentación y revisión de las firmas para la inscripción de candidaturas / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Suspensión provisional. Negada**

El demandante estimó que las diferentes normas constitucionales y legales invocadas por el registrador no tienen ninguna base formal sobre la materia regulada mediante los actos acusados,

como es la presentación y revisión de firmas para la inscripción de candidaturas para las elecciones regionales y locales. Agregó que el decreto ley 1010 de 2000 no facultó al registrador para unificar las disposiciones sobre revisión de firmas y subrayó que no existe delegación del legislador para tales efectos, por lo cual indicó que el funcionario desbordó su competencia e invadió la órbita que le corresponde al Congreso. Observa el Despacho que al expedir las resoluciones demandadas, el registrador nacional se basó en sus atribuciones constitucionales y legales, en especial en aquellas conferidas por los artículos 2, 40 y 103 de la Carta Política, las leyes 130 de 1994, 134 de 1994 y 1475 de 2011 y el decreto ley 1010 de 2000.

Esas disposiciones están relacionadas con diferentes aspectos generales y especiales del régimen electoral, como el estatuto de los partidos, las reglas de organización y funcionamiento de las agrupaciones políticas y de los procesos electorales y la organización interna de la Registraduría Nacional y de sus dependencias. En esta etapa inicial del proceso, no encuentra el Despacho que el registrador nacional haya transgredido las normas señaladas por el actor al sustentar la solicitud de suspensión provisional, pues la revisión de las firmas que respaldan las candidaturas no es una labor ajena a las funciones generales del organismo. Estima el Despacho que la verificación de las firmas es un mecanismo dirigido a obtener la debida certeza sobre el respaldo que una determinada persona brinda a un aspirante a los cargos de elección, lo que también contribuye a la confiabilidad que el proceso debe ofrecer desde la inscripción para el debate electoral. En esta medida, la revisión que sigue a la presentación de las firmas, a partir del procedimiento adoptado mediante los actos acusados, es parte de la facultad de vigilancia que constitucional y legalmente le compete frente a los distintos certámenes electorales que bajo su dirección son llevados a cabo en el país.

En desarrollo de la competencia general anteriormente descrita, la entidad tiene a su alcance la posibilidad de expedir los actos administrativos de carácter general requeridos para el adecuado cumplimiento de la función específica de dirección y organización de los procesos electorales y de los mecanismos de participación ciudadana, donde en algunos casos el acompañamiento de las firmas es requisito previo para la respectiva convocatoria. Entonces, el supuesto desbordamiento de las atribuciones propias del funcionario y la posible invasión de la competencia del Congreso son aspectos que corresponde decidir en el estudio de fondo que se hace en la sentencia, ya que no es posible determinarlos con la simple invocación genérica del artículo 121 de la Constitución. La regulación contenida en el artículo 107 de la Constitución sobre los partidos y movimientos, el derecho de asociación política, la afiliación a las agrupaciones, la participación política y la prohibición de doble militancia, tampoco permite concluir que el procedimiento de revisión tenga que implementarse necesariamente a través de una ley, incluso de naturaleza estatutaria como sostuvo el actor. En principio, estima el Despacho que la verificación de firmas por parte de la Registraduría Nacional es un aspecto de carácter fundamentalmente operativo tendiente a establecer la

veracidad de la identificación y demás datos de las personas que manifiestan su respaldo a la aspiración del candidato. En algunos casos, el procedimiento incluye un componente de orden técnico, como lo establece el artículo sexto de la resolución No. 644 de 2015, cuando sea indispensable determinar la denominada uniprocedencia del apoyo. Desde este punto de vista, la revisión y verificación de firmas, que está a cargo de la dirección de censo electoral, es una labor instrumental cuya ejecución tiene como objetivo servir como soporte en las etapas previas del proceso electoral. Entonces únicamente el análisis de fondo que corresponde a las etapas posteriores del proceso, permitirá determinar si el trámite de presentación y posterior revisión de las firmas realmente constituye un aspecto estructural en materia electoral que exija la regulación específica mediante ley estatutaria. Insiste el Despacho en que la tarea de verificación de las firmas está dirigida a conseguir la certeza y confiabilidad del apoyo dado a la aspiración política, lo cual hace que no pueda afirmarse, como lo hizo el actor, que sea un requisito adicional para los grupos significativos de ciudadanos que acuden a este mecanismo para inscribir a sus candidatos.

**Norma Demandada:** Resolución 644 DE 2015 (28 de enero) Registraduría Nacional del Estado Civil / Resolución 1250 de 2015 (12 de febrero) Registraduría Nacional del Estado Civil

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Rubén Darío Bravo Rondón

Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil

Procede el Despacho a resolver la medida cautelar de urgencia consistente en la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Nos. 644 de enero veintiocho (28) de 2015 y 1250 de febrero doce (12) del mismo año, solicitada por el demandante.

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Rubén Darío Bravo Rondón demandó las resoluciones 644 y 1250 del presente año, expedidas por el Registrador Nacional del Estado Civil.

Mediante el primero de tales actos, el funcionario unificó el procedimiento relativo a la presentación y revisión de las

firmas para la inscripción de candidaturas que aspiren a las gobernaciones, alcaldías, asambleas departamentales, concejos municipales y juntas administradoras locales, mientras que a través del segundo modificó la citada resolución No. 644 de 2015 en lo que corresponde al artículo quinto sobre la verificación y validación de apoyos.

**2. La solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados**

En escrito separado de la demanda, el actor pidió la aplicación de medidas cautelares de urgencia según lo previsto en el artículo 234 de la ley 1437 de 2011, específicamente la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

Indicó que las diferentes normas invocadas por el registrador nacional como soporte jurídico de las resoluciones demandadas, como los artículos 2, 40, 103 y 266 de la Constitución, las leyes 130 de 1994, 1475 de 2011, 134 de 1994 y el decreto ley 1010 de 2000, no tienen ninguna base formal sobre la materia regulada en dichos actos.

Agregó que en esas normas no existe la facultad ni la delegación del legislador para que la entidad expida el reglamento para tales efectos, por lo cual, en criterio del actor, hubo desbordamiento de las funciones del registrador nacional y resquebrajamiento del orden jurídico.

Precisó que al señalar las atribuciones del registrador nacional, el artículo 25 del decreto ley 1010 de 2000 no le dio competencia para unificar disposiciones en materia de verificación de firmas para las autoridades electorales, lo que configura falsa motivación.

Subrayó que además de la usurpación de las competencias del Congreso, la Registraduría impuso requisitos adicionales para la inscripción de los grupos significativos de ciudadanos, que no están previstos en las dos (2) leyes estatutarias expedidas para regular la materia.

Para resolver, el Despacho hace las siguientes

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

La Sección es competente para conocer la demanda en la cual fue solicitada la medida cautelar, por tratarse de una acción de nulidad dirigida contra actos administrativos, en este caso de contenido electoral, expedidos por una autoridad del orden nacional, según lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, en ejercicio del medio de control de nulidad, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispuso, en el artículo 234, que la competencia

para resolver la medida cautelar de urgencia le corresponde al magistrado ponente.

## 2. De la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen.

El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

A partir de las normas que regulan las medidas cautelares y según lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la *"petición de parte debidamente sustentada"*.

Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del CPACA.

La norma señaló que la suspensión 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"*. (Negrillas fuera del texto).

Así, la suspensión provisional de los efectos del acto que se acusa de nulidad es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones invocadas, que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En este caso, el Despacho advierte que por tratarse de una medida de urgencia solicitada por el actor desde la presentación de la demanda, no se ordena el traslado a la parte demandada, según lo dispuesto en el artículo 234 del CPACA.

## 3. La decisión

El demandante estimó que las diferentes normas constitucionales y legales invocadas por el registrador no tienen ninguna base formal sobre la materia regulada mediante los actos acusados, como es la presentación y revisión de firmas para la inscripción de candidaturas para las elecciones regionales y locales.

Agregó que el decreto ley 1010 de 2000 no facultó al registrador para unificar las disposiciones sobre revisión de firmas y subrayó que no existe delegación del legislador para tales efectos, por lo cual indicó que el funcionario desbordó su competencia e invadió la órbita que le corresponde al Congreso.

Observa el Despacho que al expedir las resoluciones demandadas, el registrador nacional se basó en sus atribuciones constitucionales y legales, en especial en aquellas conferidas por los artículos 2, 40 y 103 de la Carta Política, las leyes 130 de 1994, 134 de 1994 y 1475 de 2011 y el decreto ley 1010 de 2000 (fls. 7 a 12).

Esas disposiciones están relacionadas con diferentes aspectos generales y especiales del régimen electoral, como el estatuto de los partidos, las reglas de organización y funcionamiento de las agrupaciones políticas y de los procesos electorales y la organización interna de la Registraduría Nacional y de sus dependencias.

Al definir la estructura interna del organismo, el decreto ley 1010 de 2000, en el artículo segundo, estableció que uno de los objetos de la Registraduría es *"(...) organizar los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana, en orden a apoyar la administración de justicia y el fortalecimiento democrático del país"*.

En cuanto a su naturaleza, el artículo tercero dispuso que la Registraduría *"(...) es un órgano de creación Constitucional, que de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Política forma parte integrante de la Organización Electoral, el cual contribuye, conjuntamente con las demás autoridades competentes, a la organización de las elecciones y los mecanismos de participación ciudadana, su dirección y vigilancia (...)"*. (Negrillas fuera del texto)

Posteriormente, el artículo cuarto señaló que *"Es misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil, garantizar la organización y transparencia del proceso electoral, la oportunidad y confiabilidad de los escrutinios y resultados electorales, contribuir al fortalecimiento de la democracia mediante su neutralidad y objetividad, promover la participación social en la cual se requiera la expresión de la voluntad popular mediante sistemas de tipo electoral en cualquiera de sus modalidades, así como promover y garantizar en cada evento legal en que deba registrarse la situación civil de las personas, que se registren tales eventos, se disponga de su información a quien deba legalmente solicitarla, se certifique mediante los instrumentos idóneos establecidos por las disposiciones legales y se garantice su confiabilidad y seguridad plenas"*.

En lo que se refiere a sus funciones, el artículo quinto del decreto ley 1010 de 2000 estableció que a la entidad le corresponden, entre otras, las siguientes:

“(…)”

*10. Proteger el ejercicio del derecho al sufragio y otorgar plenas garantías a los ciudadanos, actuando con imparcialidad, de tal manera que ningún partido o grupo político pueda derivar ventaja sobre los demás.*

*11. Dirigir y organizar el proceso electoral y demás mecanismos de participación ciudadana y elaborar los respectivos calendarios electorales.*

*12. Llevar el Censo Nacional Electoral.*

*13. Asesorar y prestar el apoyo pertinente en los procesos de elecciones de diversa índole en que las disposiciones legales así lo determinen.*

*14. Llevar las estadísticas de naturaleza electoral relacionadas con los resultados obtenidos en los debates electorales y procesos de participación ciudadana.*

*15. Coordinar con los organismos y autoridades competentes del Estado las acciones orientadas al desarrollo óptimo de los eventos electorales y de participación ciudadana.*

*16. Proceder a la cancelación de las cédulas por causales establecidas en el Código Electoral y demás disposiciones sobre la materia y poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos, cuando se trate de irregularidades.*

“(…)”.

En esta etapa inicial del proceso, no encuentra el Despacho que el registrador nacional haya transgredido las normas señaladas por el actor al sustentar la solicitud de suspensión provisional, pues la revisión de las firmas que respaldan las candidaturas no es una labor ajena a las funciones generales del organismo.

Estima el Despacho que la verificación de las firmas es un mecanismo dirigido a obtener la debida certeza sobre el respaldo que una determinada persona brinda a un aspirante a los cargos de elección, lo que también contribuye a la confiabilidad que el proceso debe ofrecer desde la inscripción para el debate electoral.

En esta medida, la revisión que sigue a la presentación de las firmas, a partir del procedimiento adoptado mediante los actos acusados, es parte de la facultad de vigilancia que constitucional y legalmente le compete frente a los distintos certámenes electorales que bajo su dirección son llevados a cabo en el país.

En desarrollo de la competencia general anteriormente descrita, la entidad tiene a su alcance la posibilidad de expedir los actos administrativos de carácter general requeridos para el adecuado cumplimiento de la función específica de dirección y organización de los procesos electorales y de los mecanismos de participación ciudadana, donde en algunos

casos el acompañamiento de las firmas es requisito previo para la respectiva convocatoria.

Entonces, el supuesto desbordamiento de las atribuciones propias del funcionario y la posible invasión de la competencia del Congreso son aspectos que corresponde decidir en el estudio de fondo que se hace en la sentencia, ya que no es posible determinarlos con la simple invocación genérica del artículo 121 de la Constitución.

La regulación contenida en el artículo 107 de la Constitución sobre los partidos y movimientos, el derecho de asociación política, la afiliación a las agrupaciones, la participación política y la prohibición de doble militancia, tampoco permite concluir que el procedimiento de revisión tenga que implementarse necesariamente a través de una ley, incluso de naturaleza estatutaria como sostuvo el actor.

En principio, estima el Despacho que la verificación de firmas por parte de la Registraduría Nacional es un aspecto de carácter fundamentalmente operativo tendiente a establecer la veracidad de la identificación y demás datos de las personas que manifiestan su respaldo a la aspiración del candidato.

En algunos casos, el procedimiento incluye un componente de orden técnico, como lo establece el artículo sexto de la resolución No. 644 de 2015, cuando sea indispensable determinar la denominada uniprocedencia del apoyo.

Desde este punto de vista, la revisión y verificación de firmas, que está a cargo de la dirección de censo electoral, es una labor instrumental cuya ejecución tiene como objetivo servir como soporte en las etapas previas del proceso electoral.

Entonces únicamente el análisis de fondo que corresponde a las etapas posteriores del proceso, permitirá determinar si el trámite de presentación y posterior revisión de las firmas realmente constituye un aspecto estructural en materia electoral que exija la regulación específica mediante ley estatutaria.

Insiste el Despacho en que la tarea de verificación de las firmas está dirigida a conseguir la certeza y confiabilidad del apoyo dado a la aspiración política, lo cual hace que no pueda afirmarse, como lo hizo el actor, que sea un requisito adicional para los grupos significativos de ciudadanos que acuden a este mecanismo para inscribir a sus candidatos.

Al resolver una demanda de nulidad sustentada en argumentos similares a los expuestos por el actor, la Sala respaldó la validez legal del trámite de verificación de firmas implementado por la Registraduría mediante unos actos con alcances equivalentes a los que son objeto de controversia en este proceso<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre veinte (20) de 2013, expediente No. 11001-032-8000-2012-00054-00, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

En aquella oportunidad, la Sala destacó que "(...) las resoluciones atacadas, antes que constituirse en obstáculos para que dichos movimientos políticos puedan participar en las elecciones, en realidad constituyen elementos que facilitan el goce efectivo del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Además, este instrumento de intervención ciudadana, como es la inscripción de candidatos con el respaldo de firmas, fue regulado con el propósito de exigir un mínimo de requisitos que garanticen seriedad y compromiso en el proceso evitando de esta manera la concentración de intereses particulares sin verdadera identidad ideológica.

La Registraduría Nacional del Estado Civil en ejercicio de su función de organizar y vigilar las elecciones, con las resoluciones cuestionadas garantizó la participación de ciudadanos en las contiendas electorales de conformidad con el artículo 9 de la ley 130 de 1994, por cuanto dispuso la entidad para que se realizara el proceso de manera eficaz, efectiva, rápida, seria, objetiva y con posibilidad de que se ejerzan los controles internos para evaluar tal procedimiento.

Se concluye entonces que, antes que impedimentos o restricciones a los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil procuró el mejoramiento y desarrollo relativo a la presentación y revisión de firmas para la inscripción de candidatos<sup>2</sup>.

La recolección de firmas de apoyo al aspirante, que antecede al procedimiento de revisión y verificación, fue establecida por el artículo veintiocho (28) de la ley 1475 de 2011<sup>3</sup> como condición previa para la inscripción de las candidaturas por parte de los grupos significativos de ciudadanos, al igual que lo estableció inicialmente el artículo noveno de la ley 130 de 1994.

Por consiguiente, será negada la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

Por lo expuesto, el Despacho

#### RESUELVE

**Primero.** Negar la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Nos. 644 de enero veintiocho (28) de 2015 y 1250 de febrero doce (12) del presente año, expedidas por el registrador nacional del estado civil.

**Segundo.** Comuníquese al registrador nacional del estado civil, al agente el Ministerio Público y al director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese y cúmplase.

**Carlos Enrique Moreno Rubio**  
Consejero de Estado

<sup>2</sup> La citada sentencia de noviembre veinte (20) de 2013 resolvió la demanda presentada contra la resolución No. 757 de febrero cuatro (4) de 2011, modificada por la resolución No. 7545 de agosto veinticinco (25) de 2011, mediante las cuales la Registraduría Nacional reglamentó el procedimiento de presentación y revisión de firmas para la inscripción de candidatos de los grupos significativos de ciudadanos.

<sup>3</sup> A través de la ley 1475 de 2011 fueron adoptadas reglas para la organización y funcionamiento de los movimientos y partidos políticos y la puesta en marcha de los procesos electorales.

**MEDIDAS CAUTELARES - Suspensión provisional / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Procedencia de las medidas cautelares / RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que negó suspensión provisional**

En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen. El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de los efectos jurídicos. A partir de las normas que regulan las medidas cautelares y según lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la "petición de parte debidamente sustentada". Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del CPACA.

La norma señaló que la suspensión 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". Así, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Advierte la Sala que la argumentación expuesta por el apoderado del actor al sustentar la apelación contra el auto que negó la suspensión provisional, está dirigida a cuestionar la vigencia del Decreto 084 de 2015 expedido por el gobernador de Arauca. Mediante dicho acto administrativo, el mandatario seccional revocó directamente el Decreto 155 de abril veinte (20) de 2012 mediante el cual había nombrado al demandante como director del Hospital San Vicente de Arauca.

El recurso de apelación está estructurado principalmente alrededor de la pérdida de vigencia del citado Decreto 084 de 2015, a pesar de estar suficientemente claro, en el expediente, que ese acto no fue objeto de la demanda. Al centrar su desacuerdo en este aspecto, el apoderado del actor no hizo énfasis en la posible ilegalidad de los tres (3) actos de nombramiento de las personas que sucesivamente reemplazaron al demandante en la dirección del hospital. Tampoco explicó las razones por las cuales las funcionarias que

fueron nombradas en el cargo presuntamente desconocieron el principio del mérito que, según el actor, debe observarse para la provisión de dicho empleo público. Lo anterior hace que no sea posible establecer la presunta ilegalidad de los actos acusados, pues insiste la Sala en que la apelación no precisó la forma como pudieron transgredir el ordenamiento jurídico por el hecho de haber suplido al actor, en la modalidad de encargo, luego de la revocatoria de su nombramiento. Además, advierte la Sala que en el expediente que contiene la actuación relacionada con la medida cautelar de suspensión provisional no obra la fotocopia del decreto No. 084 de 2015 al cual hace referencia la apelación interpuesta por el actor. Aunque reitera la Sala que dicho acto no es objeto de controversia en este proceso, la ausencia de dicha prueba documental impide establecer la relación que su posible falta de vigencia pueda tener con la expedición de los tres (3) actos acusados. Por consiguiente, la decisión del *a quo* será confirmada.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Jhoan Javier Giraldo Ballén

Demandado: Departamento de Arauca y otros

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto de agosto veintisiete (27) de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

Por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Johan Javier Giraldo Ballén presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Arauca para que se hicieran las siguientes declaraciones:

*"Primero: Que se declare la nulidad del Decreto No. 337 del 25 de mayo de 2015, por medio del cual se nombra en encargo como Director (a) del Hospital San Vicente de Arauca ESE, a la señora Maribel Cantor Chávez proferido por el señor Gobernador del Departamento de Arauca.*

*Segundo: Que se declare la nulidad del Decreto No. 390 del 02 de junio de 2015, por medio del cual se nombra en encargo*

como Director (a) del Hospital San Vicente de Arauca ESE, a la señora Bibiana Castellanos proferido por el señor Gobernador del Departamento de Arauca.

Tercero: Que se declare la nulidad del Decreto No. 412 del 17 de junio de 2015, por medio del cual se nombra en encargo como Director (a) del Hospital San Vicente de Arauca ESE, a la señora Bibiana Castellanos proferido por el señor Gobernador del Departamento de Arauca".

## 2. La solicitud de suspensión provisional

En el mismo texto de la demanda, el apoderado del actor pidió que "(...) de conformidad con el artículo 229 y siguientes del CPACA, se decrete la suspensión provisional de los efectos de los Decretos No. 377, 390 y 412 de 2015, para lo cual solicito remitirse al acápite de Concepto de Violación, donde se hace un análisis amplio en la confrontación de los decretos confutados (sic), con las normas que lo fundamentan, donde de manera somera, se desconoce con la expedición de estos Decretos, el Principio del Mérito como ente orientador al acceso a la función pública (arts. 25 y 209 de la C. N.), con el propósito de satisfacer propios intereses, a ultranza del interés general" (fl. 16).

## 3. La decisión apelada

A través de la providencia impugnada, el Tribunal Administrativo de Arauca admitió la demanda y negó la medida cautelar, por considerar que en esta etapa procesal no hay elementos suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de los tres (3) actos acusados y suspender sus efectos jurídicos.

Destacó que al producirse inicialmente el nombramiento del actor como gerente del hospital por haber obtenido el mayor puntaje en el concurso de méritos, la terna elaborada en desarrollo de dicho procedimiento perdió su vigencia.

Precisó que actualmente no es posible determinar los efectos que pueda estar produciendo el decreto No. 084 de 2015, que revocó el nombramiento del actor como director del Hospital San Vicente de Arauca, debido a que fue objeto de varias decisiones judiciales en el curso de distintas acciones constitucionales y ordinarias, cuyos alcances no son conocidos en su integridad.

Estimó que al no haber certeza sobre la vigencia del citado acto administrativo, tampoco puede establecerse la existencia de la vacancia absoluta del cargo, ni las decisiones que deben adoptarse para el nombramiento del director del centro asistencial.

Advirtió que con base en el material probatorio aportado con la demanda no puede determinarse la vigencia del Decreto 155 de 2015, mediante el cual fue nombrado el actor, como tampoco la alegada desviación de poder en que supuestamente incurrió el gobernador de Arauca al expedir los actos impugnados.

Concluyó que el impedimento manifestado y aceptado al

mandatario seccional está relacionado con actuaciones administrativas en las cuales es parte el demandante, por lo cual no surte efectos en este caso donde se controvierte el nombramiento de otras personas en la dirección del Hospital San Vicente.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sección es competente para conocer la apelación interpuesta contra la providencia que resolvió la solicitud de suspensión de los efectos de los tres (3) actos demandados, según lo dispuesto en los artículos 150<sup>1</sup> y 277<sup>2</sup> del CPACA.

### 2. Oportunidad del recurso

Observa la Sala que la providencia a través de la cual el Tribunal Administrativo admitió la demanda y negó la suspensión provisional fue notificada por estado, inicialmente, el primero (1º) de septiembre de 2015 (fl. 72).

Sin embargo, el secretario hizo constar que debido a inconsistencias en la identificación del expediente, hubo necesidad de rehacer dicha actuación y por lo tanto la notificación fue surtida nuevamente el tres (3) de septiembre del presente año (fl. 72).

El recurso fue interpuesto por el apoderado del actor el cuatro (4) de septiembre de 2015, según la constancia expedida por el secretario del Tribunal, lo cual permite concluir que fue presentado en tiempo (fl. 72).

### 3. La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen.

El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de los efectos jurídicos.

1 Artículo 150. Modificado Ley 1564 de 2012, art. 615. 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 (...). (Negritas fuera del texto).

2 "Art. 277. (...) 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 sólo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación". (Negritas fuera del texto).

A partir de las normas que regulan **las medidas cautelares y según lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA**, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la *“petición de parte debidamente sustentada”*.

Cuando se pretenda la suspensión provisional en ejercicio de los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 231 del CPACA.

La norma señaló que la suspensión 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”*. (Negrillas fuera del texto).

Así, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado es procedente siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

#### 4. Argumentos de la apelación

Al manifestar su desacuerdo, el apoderado del actor cuestionó únicamente la conclusión a la cual llegó el a quo sobre la falta de elementos suficientes que lleven a determinar la posible vigencia del decreto No. 084 de 2015 (fls. 69 a 71).

Agregó que sobre el particular, la decisión del Tribunal *“(...) desconoce de manera palmaria la prueba que demuestra objetivamente, la proscripción del Decreto No. 084 de 2015 de nuestro ordenamiento jurídico, de modo que el Tribunal incurre en un yerro de orden fáctico, al valorar de manera defectuosa la prueba documental vista a folio 39 anexo a la demanda, que contiene el Decreto No. 133 del 31 de marzo de 2015, por medio del cual se deja sin efecto aquél decreto (...)”*.

Consideró evidente que dicho acto no se encuentra vigente y recalco que *“(...) Al margen de las distintas decisiones que se hayan realizado alrededor del Decreto No. 084 de 2015, como fundamento para negar la medida cautelar (...), es indiscutible que todas ellas se refirieron en aquellas oportunidades, sobre los derechos fundamentales de mi poderdante y, si bien es cierto que el Decreto No. 133 de 2015 que revocó el decreto 084, tiene su causa en una orden tutelar, que luego fue revocada; también es cierto que, dicha decisión no tiene la virtualidad jurídica de restarle vigencia a este decreto, ni mucho menos, hacer desaparecer los efectos que haya producido, dado que, lo que se configura es el decaimiento del acto administrativo, por desaparecer sus fundamentos de hecho y de derecho (numeral 2º art. 91 del CPACA) dejando intacto (sic) los efectos que haya producido durante su vigencia (...); dicho en otras palabras, el decreto*

*goza de vigencia, pero sin eficacia, desde el momento que se revocó el fallo de tutela que dio su origen”* (fls. 69 a 71).

#### 5. La decisión

Advierte la Sala que la argumentación expuesta por el apoderado del actor al sustentar la apelación contra el auto que negó la suspensión provisional, está dirigida a cuestionar la vigencia del decreto No. 084 de 2015 expedido por el gobernador de Arauca.

Mediante dicho acto administrativo, el mandatario seccional revocó directamente el decreto No. 155 de abril veinte (20) de 2012 mediante el cual había nombrado al demandante como director del Hospital San Vicente de Arauca.

El recurso de apelación está estructurado principalmente alrededor de la pérdida de vigencia del citado decreto No. 084 de 2015, a pesar de estar suficientemente claro, en el expediente, que ese acto no fue objeto de la demanda.

Al centrar su desacuerdo en este aspecto, el apoderado del actor no hizo énfasis en la posible ilegalidad de los tres (3) actos de nombramiento de las personas que sucesivamente reemplazaron al demandante en la dirección del hospital.

Tampoco explicó las razones por las cuales las funcionarias que fueron nombradas en el cargo presuntamente desconocieron el principio del mérito que, según el actor, debe observarse para la provisión de dicho empleo público.

Lo anterior hace que no sea posible establecer la presunta ilegalidad de los actos acusados, pues insiste la Sala en que la apelación no precisó la forma como pudieron transgredir el ordenamiento jurídico por el hecho de haber suplido al actor, en la modalidad de encargo, luego de la revocatoria de su nombramiento.

Además, advierte la Sala que en el expediente que contiene la actuación relacionada con la medida cautelar de suspensión provisional no obra la fotocopia del decreto No. 084 de 2015 al cual hace referencia la apelación interpuesta por el actor (fls. 1 a 102).

Aunque reitera la Sala que dicho acto no es objeto de controversia en este proceso, la ausencia de dicha prueba documental impide establecer la relación que su posible falta de vigencia pueda tener con la expedición de los tres (3) actos acusados.

Por consiguiente, la decisión del a quo será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

#### RESUELVE

**Primero.** Confirmar la providencia apelada, esto es el auto de agosto veintisiete (27) de 2015 dictado por el Tribunal

Administrativo de Arauca en cuanto negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

**Segundo.** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidenta

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Aclaración de Voto

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

### 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

En esta oportunidad, la posición mayoritaria de la Sección estimó que no era lo propio ocuparse de varios de los interrogantes que surgen del análisis del caso, de un lado, toda vez que aquello excedía el objeto de la apelación que se limitaba al no decreto de la medida precautelar solicitada y, de otro, porque, en consideración a que, como el asunto había sido remitido en el efecto devolutivo, no contábamos con los elementos suficientes para adelantar un análisis completo de la situación. (...) Esta Sección ya ha concluido que “el recurso de apelación en contra de la providencia con la que se decide la solicitud de la suspensión provisional en materia electoral, debe concederse en el efecto devolutivo, como en efecto lo hizo el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con auto de 5 de febrero de 2014, visible a folio 86 del expediente, de manera que su interposición no suspenda la tramitación del proceso ante la autoridad judicial de primera instancia”.

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”. 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, concederlo en el mismo efecto previsto para el segundo de los eventos de su artículo 243. Así las cosas, el recurso estuvo bien concedido pero el Tribunal, a mi juicio, a la hora de conformar el expediente que fue remitido, se quedó corto pues no envió todos los documentos relevantes para la toma de la decisión, empezando por la copia de los actos acusados.

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que si bien comparto el sentido de la decisión adoptada dentro del proceso de la referencia, esto es, confirmar la providencia del Tribunal de Arauca proferida el 27 de agosto de 2015, en cuanto negó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, lo cierto es que, en su momento, consideré necesario que la Sala se pronunciara frente a otros aspectos determinantes para el adecuado trámite y resolución del caso y por eso, así lo sugerí.

En esta oportunidad, la posición mayoritaria de la Sección estimó que no era lo propio ocuparse de varios de los interrogantes que surgen del análisis del caso, de un lado, toda vez que aquello excedía el objeto de la apelación que se limitaba al no decreto de la medida precautelar solicitada y, de otro, porque, en consideración a que, como el asunto había sido remitido en el efecto devolutivo, no contábamos con los elementos suficientes para adelantar un análisis completo de la situación.

Por lo anterior, decidí presentar aclaración de voto, la que aprovecho, además, para hacerle caer en cuenta al Tribunal de la importancia de efectuar el análisis de los siguientes aspectos:

**En relación con la acumulación de pretensiones de la demanda:** No escapa al suscrito la eventual indebida acumulación de pretensiones en la que pudo haber incurrido el demandante, ya que, ciertamente, no es usual que cuando se demandan bajo la vía electoral actos contentivos de nombramientos, la demanda se dirija contra más de uno.

Como es natural, lo hasta acá expuesto no significa que dicha acumulación no sea posible, sólo que de llegar a serlo, es porque se cumplen los presupuestos especiales que al efecto establece nuestra legislación procesal electoral, especialmente en los artículos 281 y 282 del CPACA.

En estos términos, corresponde al juez de la primera instancia verificar que dichos presupuestos se cumplan con el fin de evitar posibles nulidades procesales.

**En relación con lo que pretende el actor:** Ciertamente en esta causa el actor cuestiona el nombramiento de sus “reemplazos”, pero da la impresión de que, en estricto sentido, su inconformidad radica, no en ello, sino en la falta de expedición de un decreto en el que se le nombre como Director de la ESE de San Vicente de Arauca.

Esta panorámica genera fuertes dudas en relación con el medio de control a utilizar. La garantía constitucional a una “*tutela judicial efectiva*” impone al juez adecuar el medio de control a uno que, tenga la virtualidad de solucionar la controversia planteada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>. Entonces, si lo que se plantea es en realidad una controversia de tipo laboral, ciertamente, la acción electoral no es el camino adecuado para encausarla.

Para efectuar el análisis anterior, el Tribunal de Arauca deberá estudiar la jurisprudencia de esta Sección en relación con el objeto de la acción electoral, a fin de establecer si aquella permite al juez tomar las decisiones a que haya lugar para satisfacer las pretensiones del actor, en caso de que aquellas prosperen.

**En relación con la conformación del expediente enviado a esta corporación para resolver el recurso:** Recuérdese que el recurso fue concedido en el efecto devolutivo, lo que conlleva que el Tribunal conserve su competencia para seguir

<sup>3</sup> Artículo 271 del CPACA. Primer inciso.

tramitando el proceso mientras en el Consejo de Estado se resuelve la apelación del auto que negó la medida precauteladora. Esto es relevante porque, por ejemplo, el a quo puede adelantar la audiencia inicial y recolectar las pruebas en el entre tanto.

Eso implica, que el a quo haya remitido, no el original del expediente, sino simplemente sus copias, y al hacerlo envió tan solo las piezas que consideró relevantes -por ejemplo las decisiones dictadas hasta ahora en el trámite y las respuestas que se obtuvieron en el marco del traslado de la medida cautelar- pero, lamentablemente no hizo lo propio con las pruebas que acompañaron la demanda así como tampoco se envió copia de los actos acusados.

Esta Sección ya ha concluido que *"el recurso de apelación en contra de la providencia con la que se decide la solicitud de la suspensión provisional en materia electoral, debe concederse en el efecto devolutivo, como en efecto lo hizo el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con auto de 5 de febrero de 2014, visible a folio 86 del expediente, de manera que su interposición no suspenda la tramitación del proceso ante la autoridad judicial de primera instancia"*<sup>4</sup>.

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".

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.

Así las cosas, el recurso estuvo bien concedido pero el Tribunal, a mi juicio, a la hora de conformar el expediente que fue remitido, se quedó corto pues no envió todos los documentos relevantes para la toma de la decisión, empezando por la copia de los actos acusados.

En los términos anteriores dejo plasmadas las razones por las cuales, en su momento, solicité a la Sala ampliar el objeto de la apelación que se imponía resolver.

Fecha ut supra,

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

<sup>4</sup> Cfr. Exp. 760012333000201301316-01.

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Competencia para resolverlo / RECURSO ORDINARIO 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 / RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que negó el decreto de prueba documental y testimonial**

La Sala es competente para resolver el recurso de súplica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual éste “procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia...”. En este caso las providencias recurridas denegaron el decreto de una prueba documental y unos testimonios, decisiones éstas que, en principio, de conformidad con lo establecido en los numerales 9 y 3 de los artículos 243 y 321 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso, respectivamente, son susceptibles del recurso de apelación. Por lo tanto, como las referidas decisiones fueron proferidas en el curso del proceso de la referencia el cual se surte en única instancia, es claro que contra las mismas procede el recurso de súplica, el cual debe ser resuelto por los miembros restantes de la Sala a la que pertenece la consejera ponente.

**PRUEBAS - Su importancia está en relación directa con el principio de necesidad / PRUEBAS - Para que sean decretadas deben tener conexidad con los hechos objeto de controversia / PRUEBAS - Requisitos para su admisión / PRUEBAS - Pertinencia. Conducencia. Oportunidad. Utilidad. Licitud**

De conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso –aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– es enfático en prescribir que el juez debe rechazar “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”. De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia. Sobre el punto, se debe tener en cuenta que “...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal”.

En términos de la Corte Constitucional, “...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con

el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos”. Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.

Nota de Relatoría: Sentencia C-830 de 2002. Corte Constitucional.

Fuente Formal: Código General del Proceso - artículo 168 / Ley 1437 de 2011 - artículo 211

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que negó el decreto de prueba documental y testimonial / PRUEBAS - Los documentos que pretende el actor que se aporten al proceso no son conducentes / PRUEBAS - Los testimonios solicitados constituyen una prueba superflua o inútil**

El asunto bajo estudio se contrae a determinar si las pruebas solicitadas por la parte actora, concretamente, en lo referente a oficiar al diario El Espectador, la revista Semana y el diario virtual La Silla Vacía a fin de que remitan las noticias que publicaron respecto de la elección del doctor Edgardo Maya Villazón como contralor general de la República y a que practiquen los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, cumplen o no los requisitos legales para su decreto y práctica. Ahora bien, en lo que tiene que ver con las decisiones objeto de súplica se adujo que las noticias periodísticas sólo constituyen la manifestación que hace quien las suscribe según sus propias inferencias, observaciones y conclusiones, por lo que no tienen la entidad para afectar la presunción de legalidad de un acto administrativo.

Asimismo que los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional no eran necesarios por cuanto su posición frente al tema, se encuentra documentada de manera suficiente en el expediente. Dicha decisión fue recurrida por los actores bajo el argumento de que las noticias que se publicaron sobre

la elección del demandado como contralor general de la República, son "hechos notorios" y no simples opiniones de los columnistas, por lo que sí pueden contribuir a la declaratoria de ilegalidad del acto acusado. De igual forma, que los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional resultan necesarios para verificar si la interpretación que se dio en el caso concreto al reglamento interno de esa Corporación se apartó o no de la Constitución Política. (...) las noticias publicadas respecto de la elección del demandado como contralor general de la República, en principio sólo demostrarían que dicho hecho se registró por parte de los medios de comunicación, salvo que se refieran a hechos notorios o se reproduzcan declaraciones o manifestaciones de servidores públicos. Al respecto, se advierte que las particularidades del procedimiento de elección del demandado en el cargo en cuestión no constituyen un hecho notorio por cuanto no son de conocimiento público, general y directo por parte de la comunidad, además, en el hipotético caso de que así lo fuera, éste estaría exento de prueba tal y como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso.

De otra parte, se advierte que en la solicitud de la prueba bajo estudio no se especificaron los registros periodísticos concretos que pretendía el actor que se allegaran al expediente, razón por la cual no se puede determinar si los mismos, se refieren a declaraciones o manifestaciones de servidores públicos, siendo carga del actor determinar el alcance de la prueba solicitada. Bajo tales consideraciones, se advierte que en este caso la remisión de los referidos documentos sólo demostraría la publicación de una serie de noticias sobre un tema en particular, pero en manera alguna la veracidad de la información allí registrada. Además, tal y como se estableció en la audiencia inicial, dichas publicaciones constituyen manifestaciones de quien las suscribe según su propio criterio, por lo que en manera alguna pueden servir como medio de prueba que desvirtúe la legalidad de un acto administrativo de elección como el que ahora es objeto de estudio. Así las cosas, se confirma que los documentos que pretende el actor que se aporten al proceso de la referencia, no son conducentes, por lo que la decisión de no decretarlos habrá de ser confirmada. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prueba testimonial de los magistrados de la Corte Constitucional, con los cuales según el actor, se pretende demostrar la interpretación que se le dio al reglamento interno de esa Corporación en el caso concreto, se advierte que, tal y como se manifestó en la decisión recurrida y como bien lo puso de presente el apoderado del demandado, la postura de los togados sobre ese punto concreto se puede determinar a través de otro tipo de pruebas, como por ejemplo, de orden documental.

Así, la interpretación y aplicación que se dio del reglamento interno de la Corte Constitucional en el proceso de designación del doctor Edgardo Maya Villazón como integrante de la terna para contralor general de la República se encuentra registrada en las actas de sesión de Sala y los comunicados emitidos sobre el tema por esa Corporación, documentos que han sido aportados y solicitados dentro de este proceso y que en criterio de la Sala resultan suficientes para establecer el objeto de la prueba en

cuestión. En tales condiciones, al estar documentado en forma suficiente el objeto de la prueba testimonial en el expediente, en criterio de la Sala los testimonios de los magistrados María Victoria Calle y Jorge Iván Palacio Palacio no resultan necesarios en el caso concreto, es decir, los testimonios de los precitados magistrados en este evento constituyen una prueba superflua o inútil. En ese orden de ideas, la decisión de la consejera ponente de denegar el decreto de las pruebas documental y testimonial objeto de súplica, será confirmada.

Nota de Relatoría: Sobre el valor probatorio de los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas y noticias. Sentencia de 14 de julio de 2015, Rad. 11001-03-15-000-2014-00105-00. M. P. doctor Alberto Yepes Barreiro.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Waldir Cáceres Cuero y otros

Demandado: Contralor General de la República

Procede la Sala a resolver los recursos de súplica interpuestos por los señores Carlos Mario Isaza Serrano y Waldir Cáceres Cuero, en su calidad de actores, contra las decisiones adoptadas por la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez dentro de la audiencia inicial que tuvo lugar los días siete (7) y veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015), dentro del proceso acumulado de la referencia en el cual se debate la legalidad del acto de elección del doctor Edgardo Maya Villazón como contralor general de la República.

De manera concreta las decisiones controvertidas fueron las de negar (i) el decreto de la prueba documental que se solicitó dentro del expediente 2014-00133-00 con el fin de que se oficiara al Diario El Espectador, la Revista Semana y el Diario Virtual La Silla Vacía para que remitieran las noticias sobre la elección del demandado y (ii) la prueba testimonial de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, que había sido pedida en el expediente 2014-00130-00.

Lo anterior con base en los siguientes

#### I. ANTECEDENTES

Los señores Waldir Cáceres Cuero, Carlos Mario Isaza Serrano, Nisson Alfredo Vahos Pérez y Pablo Bustos Sánchez, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral que prevé el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y

de lo Contencioso Administrativo, demandaron la nulidad del acto de elección del señor Edgardo José Maya Villazón como contralor general de la República.

Las demandas fueron presentadas inicialmente por separado y posteriormente se acumularon mediante providencia de agosto veinticinco (25) de dos mil quince (2015) (fls. 207 a 213).

### 1. Decisión suplicada

La doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en su calidad de consejera ponente dentro del expediente acumulado de la referencia, en el curso de la audiencia inicial que tuvo lugar los días siete (7) y veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015), negó el decreto de la prueba documental solicitada por el demandante Carlos Mario Isaza Serrano con el fin de que se oficiara al Diario El Espectador, la Revista Semana y el Diario Virtual La Silla Vacía, para que se allegaran al proceso las distintas noticias que habían reportado sobre la elección del señor Edgardo José Maya Villazón como contralor general de la República.

De igual forma, negó la práctica de la prueba testimonial de los magistrados de la Corte Constitucional, María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, solicitados por el demandante Waldir Cáceres Cuero.

Como fundamento de dichas decisiones, expresó, en resumen, lo siguiente:

Señaló que las noticias sólo son la manifestación que hace quien las suscribe según sus propias inferencias, observaciones y conclusiones, por lo que no tienen la entidad para afectar la presunción de legalidad de un acto administrativo<sup>1</sup>.

Indicó que los testimonios de los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio no son necesarios por cuanto el trámite de designación del demandado en la terna para Contralor General de la República y la interpretación que del reglamento de la Corte Constitucional se otorgó en el caso concreto, obran en los diferentes documentos que fueron aportados al proceso, específicamente en las actas de las sesiones adelantadas al interior de esa Corporación durante el trámite de designación ahora cuestionado<sup>2</sup>.

### 2. El recurso de súplica

Inconformes con dichas decisiones los señores Waldir Cáceres Cuero y Carlos Mario Isaza Serrano interpusieron el respectivo recurso de súplica. En síntesis, formularon los siguientes motivos de reparo:

#### *-Respecto de la prueba documental:*

1 Minutos 58:04 a 58:42 de la grabación contenida en el disco compacto visible a folio 285 del expediente.

2 Minutos 1:02:04 a 1:04:40 de la grabación contenida en el disco compacto que obra a folio 285 del expediente.

Señalaron que las noticias que se publicaron sobre la elección del demandado como Contralor General de la República, son hechos notorios y no simples opiniones de los columnistas, por lo que resultan legalmente adecuadas como medios de prueba en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso.

Adujeron que las condiciones en que se produjo la elección del doctor Edgardo Maya Villazón son evidentes, tanto en lo referente a su designación por parte de la Corte Constitucional como su posterior elección por parte del Congreso de la República.

Que incluso las declaraciones que sobre el particular realizó el Presidente de esa Corporación fueron públicamente conocidas.

Indicaron que dicha prueba tiene la finalidad de demostrar que la escogencia del doctor Maya Villazón tuvo un tono político que, en últimas, implicó una vulneración de los derechos de los demás participantes en ese proceso de elección, por cuanto su designación había sido acordada desde un principio. Que esa circunstancia desconoció los principios de transparencia e igualdad que gobiernan toda elección.

Asimismo, pusieron de presente que “La Silla Vacía” se refirió a una cena que se celebró con importantes personalidades del país y que había sido impulsada por el liberalismo. Que, por tal razón, eran relevantes que esa clase de noticias obraran dentro del plenario.

Por último, también sostuvieron que en otras columnas de opinión se registraron hechos y circunstancias relacionados con el proceso de elección del demandado, las cuales, a su juicio, confirman la ilegalidad del acto demandado<sup>3</sup>.

#### *-Respecto de la prueba testimonial:*

Manifestaron que los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio tuvieron que ver con la fase primigenia que concluiría con la elección del contralor general de la República en el Congreso de la República.

Adujeron que el hecho de que estos dos magistrados hubiesen votado en blanco al interior de la Corte Constitucional e hicieran un pronunciamiento al respecto en un comunicado que ya fue incorporado al expediente, hace necesario que el contenido de dicho documento sea complementado y ratificado con sus respectivos testimonios.

Consideraron que, en su parecer, dicha prueba testimonial es necesaria a efectos de acreditar que la interpretación que en este preciso caso se realizó del reglamento interno desbordó los límites constitucionales y legales y no se ajustó al artículo 209 de la Constitución Política.

3 Minutos 1:28:39 a 1:34:11 de la grabación contenida en el disco compacto visible a folio 285 del expediente.

Sostuvieron que los testimonios en cuestión resultan útiles para establecer si la interpretación del reglamento interno de la Corte Constitucional estuvo acorde con la Constitución y con los criterios de transparencia y legalidad que deben prevalecer en estos casos.

Indicaron que con los testimonios se pretende demostrar que hubo una flexibilización del reglamento interno de la Corte Constitucional para favorecer al ahora demandado<sup>4</sup>.

### 3. Traslado a la contraparte

Una vez surtido el traslado de los argumentos de los recurrentes a las demás partes, éstas se pronunciaron en los siguientes términos:

El apoderado del demandado indicó que si lo que se pretende demostrar con la remisión de las noticias relacionadas con la elección del doctor Edgardo José Maya Villazón, en realidad, son hechos notorios, tal y como lo manifestó la parte que solicitó dicha prueba, ello la torna *per se* en superflua.

Señaló que, sin perjuicio de lo anterior, es cierto que tales documentos no demuestran nada diferente a la publicación de una noticia y que, por ende, hizo bien en negarse dicha prueba.

Sostuvo que las sesiones de la Corte Constitucional se encuentran documentadas en el expediente de manera suficiente, por cuanto las actas de Sala fueron incorporadas al mismo. Además, obran los respectivos pronunciamientos de los magistrados sobre el punto materia de discusión.

Mencionó que, en consecuencia, los testimonios de los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio simplemente se limitarían a poner de presente nuevamente su opinión sobre lo ocurrido, lo cual ya se encuentra registrado en los documentos aportados al expediente.

Afirmó que los testimonios en este proceso, de manera general resultan impertinentes e inconducentes, prueba de ello es que el mismo demandante Carlos Mario Isaza no solicitó ningún testimonio en la demanda.

Solicitó que los recursos de súplica sean negados y se confirme la decisión adoptada dentro de esta audiencia<sup>5</sup>.

Luego del análisis de los fundamentos expresados por los recurrentes sobre la necesidad del decreto de las pruebas denegadas y de los expuestos por la consejera ponente dentro de este asunto como fundamento de su decisión, procede la Sala a resolver los recursos de súplica formulados, previas las siguientes

<sup>4</sup> Minutos 1:34:35 a 1:42:55 de la grabación contenida en el disco compacto visible a folio 285 del expediente.

<sup>5</sup> Minuto 49:30 a 58:00 de la grabación contenida en el disco compacto visible a folio 450 del expediente parte 2a.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de súplica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual éste *"procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia..."*.

En este caso las providencias recurridas denegaron el decreto de una prueba documental y unos testimonios, decisiones éstas que, en principio, de conformidad con lo establecido en los numerales 9 y 3 de los artículos 243 y 321 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso<sup>6</sup>, respectivamente, son susceptibles del recurso de apelación.

Por lo tanto, como las referidas decisiones fueron proferidas en el curso del proceso de la referencia el cual se surte en única instancia, es claro que contra las mismas procede el recurso de súplica, el cual debe ser resuelto por los miembros restantes de la Sala a la que pertenece la consejera ponente.

### 2. Problema jurídico

Según se tiene, el asunto bajo estudio se contrae a determinar si las pruebas solicitadas por la parte actora, concretamente, en lo referente a oficiar al diario El Espectador, la revista Semana y el diario virtual La Silla Vacía a fin de que remitan las noticias que publicaron respecto de la elección del doctor Edgardo Maya Villazón como contralor general de la República y a que practiquen los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, cumplen o no los requisitos legales para su decreto y práctica.

<sup>6</sup> El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala las providencias que son susceptibles del recurso de apelación en materia contencioso administrativa teniendo en cuenta la autoridad judicial que las profiere, es decir, según sean proferidas por jueces o Tribunales Administrativos, únicamente.

Así las cosas, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no establece las providencias que por su naturaleza serían apelables en el evento en que sean dictadas por el Consejo de Estado, por cuanto dicho recurso no resulta aplicable en ningún caso para providencias dictadas por esta Corporación.

Por lo tanto, se tiene que el tema no se encuentra regulado en dicha codificación, por lo que se hace necesario acudir por remisión al Código General del Proceso que en su artículo 321 enumera las providencias que por su naturaleza son susceptibles del recurso de apelación.

De la lectura de la norma es claro que establece un listado de providencias susceptibles de apelación dada la naturaleza de las mismas sin atender a la autoridad judicial que las profiere, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece como parámetro para la procedibilidad del recurso la autoridad que profiere la decisión.

En tales condiciones, como el auto que deniega el decreto o la práctica de una prueba, junto con las demás providencias enlistadas en el artículo 321 del Código General del Proceso, son susceptibles de apelación, dada su naturaleza, en virtud de dicha norma sí podría afirmarse que dichas decisiones -cuando son proferidas por el Consejo de Estado en única o segunda instancia- son susceptibles del recurso de súplica.

### 3. Caso concreto

En el presente caso, se debate la legalidad del acto de elección del doctor Edgardo José Maya Villazón como contralor general de la República para el período 2014 - 2018.

En síntesis, los actores consideran que el referido acto de elección se encuentra viciado de nulidad por cuanto en el trámite que le precedió se aplicó en forma indebida el artículo 77 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional al tener el nombre del demandado para el cargo en cuestión.

Además, porque en su concepto, el demandado se encontraba inhabilitado para el cargo al haber fungido como conjuer en el año inmediatamente anterior a su elección como contralor.

Asimismo, porque debido a su edad no podrá culminar el período para el cual fue elegido dado que está próximo a cumplir la edad de retiro forzoso.

Con base en lo anterior, dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto se estableció que el objeto del litigio consiste en determinar si el acto de elección del demandado como contralor general de la República se encuentra viciado de nulidad por haberse incurrido en favoritismo electoral al haber sido ternado por parte de la Corte Constitucional para dicho cargo, por haber ejercido el cargo público conjuer en el año inmediatamente anterior al de la elección ahora cuestionada; por haber sido elegido pese a que está próximo a llegar a la edad de retiro forzoso; si con su elección se vulneraron los principios de buena fe, confianza legítima, respecto del acto propio, moralidad, transparencia e igualdad; si se infringieron las normas en que el acto debió fundarse; si se debió hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 77 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional y se si vulneró o no el principio de legalidad.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las decisiones objeto de súplica se adujo que las noticias periodísticas sólo constituyen la manifestación que hace quien las suscribe según sus propias inferencias, observaciones y conclusiones, por lo que no tienen la entidad para afectar la presunción de legalidad de un acto administrativo.

Asimismo que los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional no eran necesarios por cuanto su posición frente al tema, se encuentra documentada de manera suficiente en el expediente.

Dicha decisión fue recurrida por los actores bajo el argumento de que las noticias que se publicaron sobre la elección del demandado como contralor general de la República, son “hechos notorios” y no simples opiniones de los columnistas, por lo que sí pueden contribuir a la declaratoria de ilegalidad del acto acusado.

De igual forma, que los testimonios de los magistrados de la

Corte Constitucional resultan necesarios para verificar si la interpretación que se dio en el caso concreto al reglamento interno de esa Corporación se apartó o no de la Constitución Política.

Como primera medida, la Sala se permite precisar que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar “*las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*”.

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Sobre el punto, se debe tener en cuenta que “...*la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal*”.

En términos de la Corte Constitucional, “...*las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos*”.

Visto así el asunto, es claro que para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso.

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate).

Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a:

1. **Pertinencia.** Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso.
2. **Conducencia.** Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho.
3. **Oportunidad.** El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales.

7 Giacomette Ferrer, Ana. Teoría General de la Prueba Judicial. Segunda Edición. Bogotá. 2003.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre ocho (8) de dos mil dos (2002). M.P. Doctor Jaime Araujo Rentería.

4. **Utilidad.** Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba.

5. **Licitud.** Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.

*Teniendo en cuenta tales criterios, en el sub examine se resolverá en primer lugar lo referente a la prueba documental solicitada por el actor dentro del proceso 2014-0133 con el fin de que se remitan al expediente las noticias publicadas sobre la elección del demandado como contralor general de la República.*

Al respecto, resulta pertinente poner de presente que en una reciente oportunidad la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia del 14 de julio de 2015, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro<sup>9</sup>, reiteró la regla general según la cual "los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas, noticias que aparecen en los diversos medios de comunicación tienen valor probatorio si en conjunto con otros medios de prueba, permiten determinar o corroborar hechos alegados en el respectivo proceso" por cuanto, "por sí solos, entonces, solo sirven para determinar que un hecho se registró sin que puedan tenerse como prueba de lo que en ellos se dice reproducir"<sup>10</sup>

No obstante lo anterior, en aquella ocasión se complementó dicha regla en dos eventos particulares: los hechos notorios y la reproducción de declaraciones o manifestaciones de servidores públicos. Sobre el punto, se dijo:

*"Estas excepciones son las mismas que introdujo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia<sup>11</sup> y que en razón de su relevancia e importancia, serán acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso a partir de esta decisión.*

*En efecto, según el criterio de ese órgano de justicia, cuando en dichos medios se recojan hechos públicos o notorios, declaraciones o manifestaciones públicas*

*de funcionarios del Estado, estos deben ser valorados, razón por la que su inserción en el respectivo medio de comunicación es una prueba del hecho y no simplemente de su registro.*

(...)

*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.*

*La razón, el hecho notorio según la definición del profesor Hernán Fabio López Blanco, es aquel que "dadas las características que originaron su ocurrencia se supone conocido por la generalidad de los asociados, cualquiera que sea su grado de cultura y conocimientos dentro de un determinado territorio y en determinada época, pues la notoriedad puede ser mundial, continental, regional o puramente municipal y estar referida a un determinado lapso, de modo que lo en determinado proceso podría erigirse como un hecho notorio, en otro no necesariamente tiene esa connotación."<sup>12</sup>*

*Y, como lo señala el mencionado autor, no requiere de prueba porque ella resultaría superflua, precisamente por el conocimiento general que se tiene de él.*

*El aporte de medios de prueba en donde el hecho notorio y/o público fue registrado, le permitirá al juez contar con mayores elementos de convicción, sin que ello implique que el hecho requiera de prueba, pues, se repite, su apreciación o cognición por una generalidad, hace innecesaria su prueba.*

*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 perjuicio de su contradicción por parte de quien en su contra se aducen.*

*De esta manera, la Sala Plena Contenciosa adiciona y complementa la postura que, hasta la fecha de esta*

9 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Providencia de julio catorce (14) de dos mil quince (2015). Expediente No. (SU)110010315000201400105-00. M.P. Doctor Alberto Yepes Barreiro.

10 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de junio 6 de 2007. Expediente AP-00029, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez providencia citada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Providencia de julio catorce (14) de dos mil quince (2015). Expediente No. (SU)110010315000201400105-00. M.P. Doctor Alberto Yepes Barreiro.

11 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.

12 López Blanco, Hernán Fabio. "Procedimiento Civil" Tomo 3. Pruebas. Editorial Dupré. Segunda Edición 2008. Pág. 58.

*decisión, solo reconocía a los reportajes, entrevistas, crónicas registradas en los diferentes medio de comunicación valor probatorio si, en conjunto con otras pruebas, le permitían al funcionario judicial llegar a la convicción sobre la veracidad del hecho registrado en ellos.”*

Conforme a lo expuesto, las noticias publicadas respecto de la elección del demandado como contralor general de la República, en principio sólo demostrarían que dicho hecho se registró por parte de los medios de comunicación, salvo que se refieran a hechos notorios o se reproduzcan declaraciones o manifestaciones de servidores públicos.

Al respecto, se advierte que las particularidades del procedimiento de elección del demandado en el cargo en cuestión no constituyen un hecho notorio por cuanto no son de conocimiento público, general y directo por parte de la comunidad, además, en el hipotético caso de que así lo fuera, éste estaría exento de prueba tal y como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso.

De otra parte, se advierte que en la solicitud de la prueba bajo estudio no se especificaron los registros periodísticos concretos que pretendía el actor que se allegaran al expediente, razón por la cual no se puede determinar si los mismos, se refieren a declaraciones o manifestaciones de servidores públicos, siendo carga del actor determinar el alcance de la prueba solicitada.

Bajo tales consideraciones, se advierte que en este caso la remisión de los referidos documentos sólo demostraría la publicación de una serie de noticias sobre un tema en particular, pero en manera alguna la veracidad de la información allí registrada.

Además, tal y como se estableció en la audiencia inicial, dichas publicaciones constituyen manifestaciones de quien las suscribe según su propio criterio, por lo que en manera alguna pueden servir como medio de prueba que desvirtúe la legalidad de un acto administrativo de elección como el que ahora es objeto de estudio.

Así las cosas, se confirma que los documentos que pretende el actor que se aporten al proceso de la referencia, no son conducentes, por lo que la decisión de no decretarlos habrá de ser confirmada.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prueba testimonial de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, con los cuales según el actor, se pretende demostrar la interpretación que se le dio al reglamento interno de esa Corporación en el caso concreto, se advierte que, tal y como se manifestó en la decisión recurrida y como bien lo puso de presente el apoderado del demandado,

la postura de los togados sobre ese punto concreto se puede determinar a través de otro tipo de pruebas, como por ejemplo, de orden documental.

Así, la interpretación y aplicación que se dio del reglamento interno de la Corte Constitucional en el proceso de designación del doctor Edgardo Maya Villazón como integrante de la terna para contralor general de la República se encuentra registrada en las actas de sesión de Sala y los comunicados emitidos sobre el tema por esa Corporación, documentos que han sido aportados y solicitados dentro de este proceso y que en criterio de la Sala resultan suficientes para establecer el objeto de la prueba en cuestión (fls. 216 a 275 del expediente 2014-0133; 269 a 295 del expediente 2014-0136; fls. 254, 262 a 265, 434 a 460 del expediente 2014-0129 y 150 a 174 del expediente 2014-0130).

En tales condiciones, al estar documentado en forma suficiente el objeto de la prueba testimonial en el expediente, en criterio de la Sala los testimonios de los magistrados María Victoria Calle y Jorge Iván Palacio Palacio no resultan necesarios en el caso concreto, es decir, los testimonios de los precitados magistrados en este evento constituyen una prueba superflua o inútil.

En ese orden de ideas, la decisión de la consejera ponente de denegar el decreto de las pruebas documental y testimonial objeto de súplica, será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

## RESUELVE

**Primero.** Confírmase la decisión suplicada adoptada en la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto los días siete (7) y veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015) de negar el decreto de la prueba documental referida a la remisión de las noticias publicadas por algunos medios de comunicación respecto de la elección del señor Edgardo Maya Villazón como contralor general de la República y de los testimonios de los magistrados de la Corte Constitucional María Victoria Calle y Jorge Iván Palacio Palacio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho de la consejera ponente para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

## NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

### **LEY DE CUOTAS - Cargos de alto nivel decisorio / LEY DE CUOTAS - Mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina / LEY DE CUOTAS - En la conformación de ternas se debe incluir el nombre de una mujer / LEY DE CUOTAS - Las listas deben considerar en igual proporción mujeres y hombres / TERNA - Cuando concurren distintas personas o entidades en su conformación no es obligatorio que incluyan a una mujer**

En lo que respecta al caso objeto de estudio, del articulado de la Ley 581 de 2000 se destacan las siguientes disposiciones: i) En el artículo 2º se adoptó la definición de "máximo nivel decisorio" como aquél "[q]ue corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles Nacional, Departamental, Regional, Provincial, Distrital y Municipal" y, por lo tanto, están encargados de ejercer su dirección general y tomar las decisiones en última instancia. Esta definición del artículo 2º está encaminada a aclarar qué cargos del Estado quedan sujetos a la regla de selección que se establece en el artículo 4º de la misma ley, según la cual por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres. ii) Conforme con el artículo 4º de la Ley 581, la participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2 y 3 de la citada ley, se hace efectiva por las autoridades nominadoras mediante la aplicación de las siguientes reglas: - Por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres; - Por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, deben ser desempeñados por mujeres.

En la sentencia C-371 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente el artículo 4º ibídem, en el entendido de que la regla de selección que la norma consagra debe aplicarse en forma paulatina, esto es, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" fueran quedando vacantes. iii) Por su parte, el

artículo 5 de la Ley 581 de 2000 señala que no es obligatorio aplicar la cuota mínima del treinta (30%) a los siguientes cargos: -Los pertenecientes a los sistemas de carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales, en razón de que en estos, el ingreso, permanencia y ascenso lo determina exclusivamente el concurso de méritos. -Los que deben proveerse por el sistema de ternas o listas, los cuales están sujetos a las reglas establecidas en el artículo 6 de la misma ley. -En un principio también contemplaba aquellos que deben proveerse por elección, pero 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. iv) En el artículo 6º, el legislador consagró dos (2) tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina: a) Por un lado, exigió que en la conformación de ternas se incluyera el nombre de una mujer y b) Por otra parte, que en las listas se considerarían igual proporción de mujeres y de hombres y dentro de este sistema de listas, dispuso que "...[q]uien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4º de esta ley.". En ejercicio del control previo de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2000, encontró exequibles los artículos trascritos, salvo en la parte que refería el deber de designar una mujer tratándose de nombramientos por el sistema de listas, pues, a su juicio, era una medida que resultaba discriminatoria para los hombres por el solo hecho de serlo, y, por ende, abiertamente contraría al principio de igualdad que rige el Estado Social de Derecho. Asimismo, condicionó la exequibilidad de la disposición contenida en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, en el sentido de que la obligación de incluir en las ternas elaboradas por distintas personas o entidades por lo menos el nombre de una mujer no era una obligación inexorable. Es decir, se mantuvieron incólumes las reglas según las cuales en la elaboración de ternas debe incluirse al menos el nombre de una mujer y en la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción.

Nota de Relatoría: Sentencia C-371 de 2000. Corte Constitucional.

Fuente Formal: Ley 581 de 2000 / Ley 1475 de 2011 artículo 28

**CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Elección de magistrados / MAGISTRADOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Ley de cuotas / LEY DE CUOTAS - Sistema de ternas / TERNAS - Cuando concurren distintas personas o entidades en su conformación no es obligatorio que incluyan a una mujer**

Corresponde a la Sala determinar si dentro del proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, la plancha No. 1 de candidatos correspondió a una lista única presentada a título de coalición por los Partidos Liberal, de la U, Cambio Radical, Partido Verde y Opción Ciudadana, es decir, por mutuo acuerdo, o si, por el contrario, puede entenderse que se trató de postulaciones independientes por cada uno de los citados partidos. Y según se determine lo uno u lo otro, se determinará si estaban o no obligados a atender lo dispuesto en la Ley de Cuotas, en concreto, en el artículo 6 - Ley 581 de 2000 y en los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución Política. En lo que tiene que ver con el proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral el artículo 264 de la Constitución Política prevé que son 9; serán elegidos por el Congreso de la República en pleno, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coalición entre ellos, mediante el sistema de cifra repartidora y para el período institucional de 4 años. En el sub examine la Sala evidencia que de manera previa a la integración de la plancha No. 1, denominada de la Unidad Nacional, los partidos políticos que la conformaron (Partido de la U, Cambio Radical, Partido Liberal, Alianza Verde y Opción Ciudadana), adelantaron de manera independiente el proceso de selección de sus aspirantes, lo cual se llevó a cabo mediante la participación y aprobación de sus respectivas bancadas. Incluso se observa que cada uno de los citados partidos políticos presentaron ante la Secretaría General del Senado a las personas que postulaban en su nombre para aspirar a ser miembros del Consejo Nacional Electoral.

Asimismo, está demostrado que posteriormente decidieron incluir en una sola lista algunos de los candidatos que había “preseleccionado” cada uno de los partidos políticos. En concreto, 3 aspirantes por parte del Partido de la U, 3 por el Partido Liberal, 1 por Cambio Radical, 1 por Alianza Verde y 1 por opción ciudadana, de los cuales, como se conoce, resultaron electas 6 personas: los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carriño y Armando Novoa. Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que la presentación de los candidatos que integraron la plancha No. 1 por parte la Unidad Nacional, no provino de una única persona o partido o movimiento político. Por el contrario, como se

pone de presente en el mismo acto de elección, se trató de una “postulación colectiva” mediante el empleo de planchas de aspirantes, las cuales fueron debidamente sometidas a la votación de la Plenaria del Congreso de la República. Es decir, la votación no se efectuó respecto de los candidatos que cada partido político presentó de manera independiente, sino que dicha votación y, por consiguiente, la correspondiente elección se dio con relación a los candidatos que figuraban en las planchas No. 1 y No. 2, que los partidos implicados decidieron someter a consideración del Congreso en pleno, a raíz de la concertación que existió entre los mismos. Dentro de este contexto y de acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior, es forzoso concluir que el acto de elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, no es violatorio del artículo 6° de la ley 581 de 2000 ni de ninguna norma constitucional, como equivocadamente sostiene la parte actora. (...) la Ley de Cuotas no es aplicable a aquellos eventos en los que en la conformación de la lista intervienen varias voluntades o personas, por cuanto es razonable que cuando no existe destinatario único del deber de componer la lista en igual proporción de hombres y mujeres, sencillamente no se puede imponer. En tales casos, la observancia de los parámetros que prevé el artículo 6° de la citada disposición no es obligatoria, sino apenas una finalidad que debe procurarse alcanzar, sin que su materialización sea un requisito de inexorable cumplimiento. Es obvio que sólo puede coexistir una obligación cuando existe claridad para vincular a alguien con la misma. Por consiguiente, según lo expuesto, lo que se impone, es negar las pretensiones de la demanda.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Wilton Molina Siado

Demandado: Magistrados del 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.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El señor Gustavo Adolfo Sánchez, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección de los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carriño y Armando Novoa como Magistrados del Consejo

Nacional Electoral, período 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

*"1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual el Congreso de la República en pleno eligió a los magistrados del Consejo Nacional, período 2014-2018, en sesión plenaria del día 28 de agosto de 2014, referente a la elección de la plancha No. 1 integrada por los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carrillo y Armando Novoa.*

*2. Como consecuencia de la nulidad decretada, se anulen las credenciales de los nombramientos y se ordene una nueva elección de los magistrados que se anule su elección".*

## 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 el pleno del Congreso de la República se presentaron dos planchas. La número 1<sup>o</sup> proveniente de la coalición de partidos, que se denominó de la Unidad Nacional, que se integró por los candidatos del Partido Liberal, Cambio Radical, el Partido de la U, el Partido Verde y el Partido Opción Ciudadana. Por otra parte, la plancha número 2<sup>o</sup>, compuesta por nombres que postularon el Partido Conservador y Centro Democrático.

-Que en la medida en que *"las planchas fueron armadas mediante acuerdo de los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso (no mediante un proceso de elección)"*, es evidente que estas debían cumplir con la ley de género.

-Que la plancha No. 1 no atendió a los parámetros que prevé el artículo 6<sup>o</sup> de la Ley 581 de 2000, pues a pesar de que estuvo integrada por 9 personas, sólo dos eran mujeres (Yolima Carrillo y Doris Méndez).

## 3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- Los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución Política.
- El artículo 6<sup>o</sup> de la Ley 581 de 2000.
- El artículo 1<sup>o</sup> de la Ley 1475 de 2000.

En síntesis, plantea como vicio que, a su juicio, hace anulable la referida elección, el hecho de que en la plancha No. 1,

proveniente de la coalición de partidos de la Unidad Nacional, sólo dos de los nueve candidatos fueran mujeres, lo que desconoce el contenido del artículo 6<sup>o</sup> de la Ley de Cuotas que es enfático en prescribir que *"(...) para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción"*.

Que, por ende, esa irregularidad en la conformación de la lista que integró la plancha No. 1 de la Unidad Nacional, se traslada al acto de elección.

Puso de presente que en el caso concreto es claro que el Partido Social de Unidad Nacional, al efectuar la postulación de sus candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral, incluyó a tres hombres - los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega y Ciro Muñoz-, pero omitió la designación de una mujer como mínimo en los términos que exige la citada ley de cuotas. Que tal circunstancia desconoce la finalidad de la Ley 581 de 2000, esto es, hacer efectiva la participación política de la mujer y su vinculación en los niveles decisorios de los órganos y entidades del Estado.

Que por su parte el Partido Liberal sí cumplió con la proporción de cuota femenina, toda vez que postuló a los señores Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera y Doris Méndez. Que lo mismo se predica del Partido Cambio Radical por cuanto el nombre de su candidato en la plancha No. 1 corresponde al de una mujer (Yolima Carrillo)<sup>1</sup>.

Aunado a lo anterior, adujo que si bien la Corte Constitucional precisó que no es obligatoria la exigencia de incluir la cuota de una mujer cuando las ternas o listas deban ser elaboradas por un cuerpo colegiado donde concurren diferentes voluntades, pues es imposible determinar en quien recae tal deber, es lo cierto que en sub examine *"... si es posible determinar quienes tenían la obligación de incluir en su postulación en igualdad de condiciones el nombre de mujeres, pues los partidos políticos tienen el deber de incluir en sus ternas y listas el nombre de mujeres e incluso están obligados a integrar como mínimo el 30% de mujeres con la conformación de la lista de candidatos a corporaciones públicas"*.

## 4. Contestaciones de la demanda

### 4.1 De los señores Idayiris Yolima Carrillo Pérez, Héctor Elí Rojas y Emiliano Rivera

Los señores Idayiris Yolima Carrillo Pérez, Héctor Elí Rojas y Emiliano Rivera, mediante memoriales que obran a folios 108-125, 128-146 y 161-179, respectivamente, contestaron la demanda en iguales términos. Manifestaron que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros eran apreciaciones subjetivas del actor. Se opusieron a cada una de las pretensiones.

<sup>1</sup> Los otros dos nombres de la lista de candidatos que contenía la plancha No. 1 corresponden a José Joaquín Plata por el Partido Opción Ciudadana y Armando Novoa por el Partido Verde.

Propusieron las excepciones que denominaron “i) *inepta demanda por falta de requisitos formales*, ii) *falta de claridad y determinación del concepto de la violación* y iii) *de falta de demanda sobre la totalidad del acto acusado o indebida individualización del acto acusado*”, que fueron decididas desfavorablemente en la audiencia inicial<sup>2</sup>.

Asimismo, las que denominó “*inexistencia de violación al régimen de cuotas e insuficiencia para desvirtuar la presunción de legalidad del acto por falta de prueba de los fundamentos de hecho*”, que, en realidad, constituyen argumentos de fondo que están encaminados a impedir la prosperidad de las pretensiones y que serán objeto de pronunciamiento en esta providencia.

En síntesis, los demandados sostuvieron que el actor interpretó de manera equivocada el artículo 264 de la Constitución Política y el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, por cuanto en la postulación de los candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral (período 2014-2018) intervinieron una pluralidad de voluntades que, según lo expuesto en la sentencia C-371 de 2000, imposibilitan determinar quién estaba obligado a cumplir con inclusión de la cuota de género. Que, a su parecer, dicha normativa no resulta aplicable al caso concreto, pues, de lo contrario, implicaría imponer sin razón alguna una carga desproporcionada a una colectividad en favorecimiento de las demás, sin tener sustento constitucional alguno.

Que lo anterior cobra mayor relevancia si tiene en cuenta que en el caso concreto cada partido presentó los candidatos que previamente habían designado sus respectivas bancadas y posteriormente se conformó de manera conjunta y asociada la lista o plancha para su votación.

Asimismo manifestaron que “...*el demandante equivoca la fundamentación en la medida en que parte de una premisa falsa como la existencia de una coalición o asociación... para infringir la ley, por cuanto [entiende] que debe respetarse siempre la cuota de género independientemente de la existencia de mecanismos de participación democrática como es la votación interna de cada partido*”. Que tal interpretación llevaría a la absurda conclusión “...*que en una consulta partidista para elegir los candidatos a los cargos de elección popular, no pueden ganar hombres porque se violaría la ley de cuotas*”, lo cual no puede ser de recibo.

Que lo que sucede en realidad es que cada partido en virtud de su autonomía hace una convocatoria o invitación para que las personas que creen que cumplen con los requisitos del cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral, se presenten como aspirantes. Empero, eso no significa que si no se postulan la cantidad necesaria de mujeres para conformar como mínimo el 30%, el procedimiento deba declararse desierto y el partido político pierda su facultad de postulación.

De igual forma, adujeron que la demanda se sustenta en

afirmaciones que carecen de sustento probatorio y que, en realidad, constituyen meras especulaciones que no logran desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado.

Por último, pusieron de presente que incluso la irregularidad que se imputa al acto acusado no es atribuible a los señores Yolima Carrillo Pérez, Héctor Elí Rojas y Emiliano Rivera, por cuanto esta se deriva específicamente de la presentación de la plancha en lo que respecta al Partido de la U, mas no en relación con Cambio Radical o con el Partido Liberal, que son los partidos de los cuales ellos fueron candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral.

#### 4.2 Del señor Armando Novoa García

El demandado contestó la demanda en nombre propio (folios 100-106). En síntesis, adujo que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, pues cuando en la designación de cargos del máximo nivel decisorio, como en el sub exámine, concurren varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme con la regla de selección que prevé el artículo 4º de la Ley 581 de 2000, sin que esta sea inexorable. Que debe tenerse en cuenta que en esta hipótesis no es posible determinar cuál de las autoridades nominadoras es la que debe designar una mujer como su representante “...*o en caso de hacerse sucesivamente, no se encuentra un criterio claro para atribuir a alguna de tales autoridades la obligación de nombrar una mujer*”

Que bajo esas consideraciones no cabe la menor duda de que la citada ley no era aplicable a la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral -2014-2018, pues, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política, en la postulación de los respectivos candidatos intervinieron varias voluntades, esto es, las organizaciones políticas con representación en el Congreso. Así, tal circunstancia implica que no exista forma válida o legítima alguna que permita establecer en cuál de esas organizaciones políticas correspondía incluir el nombre de una mujer.

Que en el caso concreto cada partido y movimiento político realizó a nivel interno, de manera independiente y en bancadas, la definición e inscripción de sus candidatos y “...*posteriormente de manera concertada y con fines de celeridad, fueron conformadas y presentadas las respectivas planchas a votación del Congreso*”. De esta manera, en relación al demandado, “...*su inclusión en la plancha No. 1 provino del Partido Alianza Verde, de acuerdo con las reglas de sus estatutos internos, con la participación de los militantes facultados para tomar decisiones dentro de esa colectividad y con la debida verificación del cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo*”.

#### 4.3 De los señores Alexander Vega Rocha y Luis Bernardo Franco Ramírez

Los señores Alexander Vega Rocha y Luis Bernardo Franco, por

<sup>2</sup> Folios 208-220

intermedio de apoderado judicial, contestaron la demanda de la referencia mediante un mismo escrito (folios 149-179). En resumen, se opusieron a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

-Que la decisión de postular a una persona al cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral es de carácter político y, por consiguiente, está gobernada bajo los principios de autonomía y libre organización y determinación que se predicán de los partidos políticos.

-Que contrario a lo que sostiene el demandante, la designación de los candidatos del Partido de la U a fin de integrar la plancha No. 1, se hizo mediante el sistema de votación, previa convocatoria pública y abierta a todos los militantes, tal y como lo estableció el artículo 3º de la Resolución interna de esa colectividad No. 028 del 30 de julio de 2014<sup>3</sup>, disposición que se encuentra acorde con los estatutos internos del partido.

-Que, por ende, tal postulación se excluye de las previsiones que contiene el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, toda vez que según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, *"...los partidos y movimientos políticos colombianos pueden adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, pero estas no pueden proceder de una imposición del legislador"*.

-Que, como bien lo pusieron de presente los otros demandados, el artículo 264 de la Constitución Política estableció la cifra repartidora como fórmula aritmética para elegir los miembros del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, de dicho método no puede predicarse la observancia de la Ley 581 de 2000, pues equivaldría a obligar *"...a que cada partido con derecho a dos magistraturas incluyera una mujer y en caso de los partidos con derecho a una magistratura, necesariamente tendría que ser una mujer"*, lo que evidentemente desborda el contenido y la finalidad de la citada ley estatutaria. Más aún si se tiene en cuenta que esta tiene como destinatarios a las autoridades públicas y los partidos y movimientos no tienen esa condición de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 130 de 1994.

-Que, además, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han precisado que la Ley de Cuota de Género sólo es predicable en procesos de nombramiento o elección en los que la elaboración de la lista o la terna involucra una sola voluntad - ya sea de un funcionario unipersonal o la de una Corporación-, toda vez que si la postulación recae en varias personas no sería posible comprobar a cuál de ellas le correspondía incluir el nombre de una mujer, que es lo que ocurre en el presente caso.

-Aunado a lo anterior, adujeron que para el caso específico el Partido de la U determinó de manera autónoma y en conjunto con otras colectividades políticas, inscribir una lista única.

#### 4.4 Del Partido de la U

El apoderado judicial de este partido político contestó la demanda mediante memorial que obra a folios 73-82 del expediente. En concreto, adujo:

-Que en virtud de los principios de autonomía e independencia que se predicán de dicha colectividad, mediante Resolución No. 028 del 30 de julio de 2014, reglamentó el procedimiento para la selección de los candidatos de ese partido al Consejo Nacional Electoral, procedimiento que *"...culminó con la votación adelantada por la bancada congresista, la cual dentro un contexto democrático y transparente permitió que se votase por nueve militantes precandidatos a integrar la lista"*.

-Que con base en dichos principios, el citado partido junto con Cambio Radical, el Partido Verde, el Partido Liberal y Opción Ciudadana, decidieron inscribir 9 candidatos bajo la modalidad de la coalición partidista, razón por la cual, según la sentencia C-371 de 2000, no era aplicable la Ley de Cuotas, toda vez que la postulación no recayó en una sola persona sino en varias.

-Que, además, es evidente que la decisión de conformar dicha lista *"tiene un carácter político, la cual está gobernada bajo el principio de la libre organización que tienen los partidos políticos para organizarse y establecer su funcionamiento"*. Máxime si se tiene en cuenta que en un ámbito de igualdad y equilibrio se dispuso un proceso interno de votación y, por ende, no era necesario respetar cuota de género alguna, pues de forma libre solo se postularon dos militantes mujeres.

#### 4.5 Del Congreso de la República

Mediante escrito del 19 de enero de 2015 (folios 91-96), el apoderado judicial del Congreso de la República contestó la demanda en los siguientes términos:

Argumentó que el proceso de postulación que se consuma con la expedición del respectivo aval por parte de los partidos o movimientos políticos o por la coalición de estos mismos, por expresa disposición constitucional, se deriva de la autonomía de la voluntad de cada partido político y no de la voluntad del Congreso de la República, el cual tiene reservado la facultad de elegir los miembros del Consejo Nacional Electoral de las listas que para tal efecto envía aquellos.

Que teniendo en cuenta reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en el asunto bajo estudio las listas *"enviadas al Congreso de la República para adelantar el proceso de elección de los magistrados del CNE..., gozaban de plena validez jurídica ya que... el aval no es más que el reconocimiento de las buenas condiciones de modalidad y decoro del postulado para participar en el proceso de elección"*. Que ese aval tuvo origen en los procesos democráticos de postulación que diseñaron los partidos políticos y que van de la mano con el principio de autonomía y autodeterminación de los mismos.

3 Mediante la cual se reguló el procedimiento interno para la selección de los candidatos del partido de la U que aspiraron al cargo del Magistrado del Consejo Nacional Electoral.

## 5. Trámite en única instancia

Mediante providencia del 28 de noviembre de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso<sup>4</sup>.

El día 13 de abril de 2015 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, se fijó el litigio y se negaron y decretaron las pruebas<sup>5</sup>.

Asimismo se denegaron las excepciones que propusieron los demandados. Al respecto, se dijo:

*(...) Inepta demanda por falta de requisitos formales, pues: i) en el acápite correspondiente a los hechos no se presenta una relación fáctica que permita una ilustración acerca de los acaecimientos que fundan la demanda y como consecuencia de lo anterior, los hechos no se encuentran debidamente determinados y clasificados y en este sentido no existe un orden cronológico.*

*ii) Que, además, existe falta de claridad y determinación del concepto de la violación.*

*iii) Falta de demanda sobre la totalidad del acto acusado o indebida individualización del acto acusado, "teniendo en cuenta que se trata de un acto administrativo complejo en la medida en que en la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral confluyen decisiones y expresiones de voluntad de diversas fuentes, entrelazadas en una relación de interdependencia y validez, lo que conforma una unidad de acto y por ende debe ser demandado en su integridad".*

Estas excepciones, se niegan, pues:

*1) Contrario a lo expuesto por los demandantes, el Despacho encuentra que a folios 1-3 de la demanda se encuentra una relación de los hechos que sirven de sustento a la presente demanda, los cuales permiten entender el fundamento fáctico que sustentan los cargos y las pretensiones del actor.*

*Si bien se evidencia que la relación que hace el demandante no sigue un estricto orden cronológico, es lo cierto que tal circunstancia no afecta el entendimiento que de los hechos de la demanda efectúa este despacho. Por tanto, no cabe duda que la presente demanda sí cumple con este requisito formal.*

*2) De igual forma, el Despacho verifica que el escrito de la demanda sí contiene un concepto de violación, que se sustenta en el desconocimiento de la ley de cuotas, en concreto del artículo 6º de la Ley 581 de 2000.*

*En efecto, a folios 4 y siguientes de la demanda, el actor citó las normas que, a su juicio, desconoce el acto acusado. Asimismo, explicó las razones por las cuales, de acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación, debe declararse la nulidad de la elección de los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carrillo y Armando Novoa como Magistrados del Consejo Nacional Electoral.*

*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 C. G. P., 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, pues la forma cómo el actor formuló tal concepto de la violación permite entender cuáles son los motivos de reparo que formula contra el acto acusado y las disposiciones en que las sustenta.*

*Dentro de este contexto, es claro que la demanda cumple con los requisitos de forma que prevén los artículos 162 y 163 del CPACA.*

*3) Por último, a juicio del despacho, tampoco se evidencia una indebida individualización del acto acusado.*

*A diferencia de lo que proponen los demandados, no es cierto que en el presente caso el actor también debió solicitar la anulación de la inscripción de los candidatos –que según los términos de la Resolución 030 de 2014 el Partido de la U dictó a fin de elegir los participantes- y de la respectiva postulación por parte de los partidos o movimientos políticos, pues estos se entienden como actos de trámite que deben cumplirse o agotarse a fin de que se produzca el acto definitivo que declara la elección, que, valga la pena aclarar, es el susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*Si como en el presente caso, la irregularidad recae en una de esas etapas, es claro que se entiende que tal irregularidad se traslada al acto de elección. Sin embargo, eso no significa que la pretensión de nulidad indefectiblemente deba extenderse a dichas actuaciones.*

*En la medida en que la elección de los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carrillo y Armando Novoa*

<sup>4</sup> Folios 47-50.

<sup>5</sup> Folios 208-220.

*como magistrados del Consejo Nacional Electoral, se dio lugar en las sesiones del 27 y 28 de agosto de 2014, según consta en la Gaceta del Congreso No. 671 del 31 de octubre de 2014, ese es el acto cuya nulidad debe demandarse.*

*Como así lo efectuó el actor, es claro que el acto acusado está debidamente individualizado".*

## 6. Alegatos de conclusión

### Del demandante

El señor Wilton Molina Siado guardó silencio.

### De los demandados

Los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carriño y Armando Novoa, mediante escritos que obran a folios 889-900, 901-908, 921-926 y 927-933 del expediente, se ratificaron en los argumentos que expusieron en las correspondientes contestaciones de la demanda.

### Del apoderado del Congreso de la República

Mediante memorial que obra a folios 885 a 888 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:

*"(...) El artículo 264 constitucional ha sido interpretado por la Sección Quinta del Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, sosteniendo que la naturaleza del cargo de magistrado del CNE es de origen eminentemente político, toda vez que en dicho órgano los partidos políticos encuentran su representación en el propio Congreso de la República, cada partido designa o postula sus candidatos, el cual es elegido por voto nominal y público mediante el sistema de bancadas.*

*(...) Si nos remitimos al caso concreto, es un hecho que la plancha No. 1 estuvo conformada por candidatos postulados por las diversas representaciones o partidos políticos. Es decir, dentro del proceso de conformación de la lista o postulación de candidatas concurrieron la voluntad de varias personas o partidos políticos..., situación que de entrada no permite exigir aplicar (sic) la regla contenida en el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 581 de 2000.*

*(...) Este mismo argumento permite a fortiori inaplicar en el caso concreto el artículo 6º de la Ley 581 de 2000, en virtud de que la conformación de las planchas para elegir Magistrados del CNE, obedece a un acto autónomo e independiente de cada partido donde se plasma el resultado de la concurrencia de voluntades de sus miembros mediante una elección interna y democrática".*

## 7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado (E) ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

-Que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, está comprobado que ante el Congreso de la República y a fin de elegir los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, se presentaron dos planchas. La primera denominada de la Unidad Nacional y la segunda propuesta por el Partido Conservador y Centro Democrático.

-Que es evidente que la postulación que hicieron los partidos políticos fue producto de sendas coaliciones para presentar sólo dos listas de candidatos, de las cuales resultaron electos los actuales magistrados del Consejo Nacional Electoral.

*-Que antes "de realizar estas planchas mediante coaliciones interpartidistas, cada partido o movimiento político realizó un proceso interno para efectos de presentar sus candidatos, procesos que en la mayoría se surtieron mediante un sistema interno electoral donde se designaron los aspirantes que obtuvieron la mayor votación".*

-Que de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, una de las excepciones a la Ley de Cuota de Género precisamente se configura cuando la terna o lista deber ser conformada por varias personas o cuerpos colegiados integrados por varias personas en donde sus decisiones son tomadas por la mayoría. Lo anterior debido a que es imposible establecer quién de los integrantes del cuerpo colegiado o cuál de las personas con poder de postulación, debe incluir a una mujer.

-Que, por consiguiente, la postulación que hicieron los partidos y movimientos políticos de los candidatos a los cargos de magistrados del Consejo Nacional Electoral, no debía cumplir con la exigencia de la Ley de 581 de 2000, pues intervinieron varias voluntades en la designación de los aspirantes, siendo imposible exigirle a "uno de estos partidos que incluya dentro de sus postulados a una mujer". Máxime si se tiene en cuenta que la selección previa que realizó cada partido se adelantó mediante procesos democráticos donde hubo una convocatoria abierta y pública, una inscripción y una posterior elección mediante votación interna de la bancada.

-Que, por último, si bien los partidos y movimientos políticos gozan de independencia y de autonomía, ellos en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho de postulación, en términos generales, deben cumplir las obligaciones que prevé la Ley de Cuotas<sup>6</sup>, salvo las respectivas excepciones, como la que se presenta en el asunto objeto de estudio.

<sup>6</sup> "Así se dispuso mediante el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, al señalar que en tratándose de acceso a cargos públicos de elección popular las listas donde se elijan 5 o más curules, o las que se sometan a consulta, deberán conformarse con un mínimo del 30% de uno de los géneros, es decir, a los partidos políticos, independientemente de su autonomía, si se les obliga a aplicar la Ley de Cuotas, de manera particular al momento de integrar las listas de candidatos que aspiran a corporaciones públicas de elección popular".

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia.-

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA<sup>7</sup>, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección de los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carriño y Armando Novoa como Magistrados del Consejo Nacional Electoral, periodo 2014-2018.

### 2. El acto acusado.-

La elección de los demandados, 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.

### 3. Estudio de fondo del asunto

Corresponde a la Sala determinar si dentro del proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, la plancha No. 1 de candidatos correspondió a una lista única presentada a título de coalición por los Partidos Liberal, de la U, Cambio Radical, Partido Verde y Opción Ciudadana, es decir, por mutuo acuerdo, o si, por el contrario, puede entenderse que se trató de postulaciones independientes por cada uno de los citados partidos.

Y según se determine lo uno u lo otro, se determinará si estaban o no obligados a atender lo dispuesto en la Ley de Cuotas, en concreto, en el artículo 6º - Ley 581 de 2000 y en los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución Política.

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<sup>8</sup>, 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 Ley Estatutaria 581 de 2000, para luego analizar el caso concreto.

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: (...) 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".

8 Según los términos en que se efectuó la fijación del litigio en la audiencia inicial que se llevó a cabo el día 13 de abril de 2015.

### -La Ley 581 de 2000

El actor considera que en el asunto bajo examen, la elección como magistrados al Consejo Nacional Electoral de los demandados desconoció La Ley Estatutaria No. 581 de 2000, mediante la cual se reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público a la que se refiere la parte final del 40 de la Carta y que corresponde a un desarrollo de los artículos 13 [2], 40 *in fine* y 43 de la Constitución así como de las normas contenidas, entre otros, en el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles y Políticos de la Mujer; I y II de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; 7º y 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 1.1 y 23 "c" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 3º y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debido a que regula "[e]l ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección", en este caso de las mujeres, es una ley estatutaria y, por lo mismo, estuvo sometida al control previo de constitucionalidad<sup>9</sup> en virtud de la previsión contenida en el artículo 153 [2] de la Carta, revisión que dio lugar a la sentencia C-371 de 2000, de la cual se extrae el siguiente párrafo:

*"[E]l proyecto de ley que se examina, precisamente, versa sobre un derecho fundamental, la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta y, específicamente, sobre lo que se establece en el inciso segundo de esta norma superior, pues busca crear condiciones materiales que permitan hacerla real y efectiva, en beneficio de un grupo (las mujeres), tradicionalmente discriminado en materia de participación política. Además, el proyecto es un desarrollo del derecho de participación ciudadana, aunque específicamente referido a la participación política de la población femenina".*

En principio puede aseverarse que la voluntad del legislador, al expedir la Ley Estatutaria 581 de 2000, estuvo dirigida a establecer espacios de participación femenina en los altos niveles de decisión de las tres Ramas del Poder Público.

Así, en la exposición de motivos del proyecto se dijo:

*"A nivel de la Rama Judicial la situación es aún más preocupante; en la Corte Suprema de Justicia hay en total 20 magistrados y ninguna mujer; en la Corte Constitucional hay nueve magistrados y ninguna mujer; en el Consejo de Estado sólo hay cuatro mujeres entre 26 consejeros.*

*A su vez en el Consejo Superior de la Judicatura se encuentran tres mujeres entre los 13 magistrados. En estos niveles máximos de la Rama Judicial la participación de la mujer en promedio es del 8.8%, más baja aun que en el sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva"<sup>10</sup>.*

9 Del Proyecto de Ley 62,98 Senado y 158,98 Cámara.

10 Gaceta del Congreso número 159 del 24 de agosto de 1998. Página 9.

Asunto que también se infiere de la finalidad de la ley estatutaria en referencia, pues fue proferida para crear "[l]os mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil." (Negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, 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.

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.

Previó además que las autoridades estarían obligadas a promover que esa participación adecuada y efectiva de la mujer tuviera lugar también en las instancias de decisión de la sociedad civil.

Teniendo en cuenta lo anterior y en lo que respecta al caso objeto de estudio, del articulado de la Ley 581 de 2000 se destacan las siguientes disposiciones:

i) En el artículo 2º se adoptó la definición de "máximo nivel decisorio" como aquél "[q]ue corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles Nacional, Departamental, Regional, Provincial, Distrital y Municipal" y, por lo tanto, están encargados de ejercer su dirección general y tomar las decisiones en última instancia.

Esta definición del artículo 2º está encaminada a aclarar qué cargos del Estado quedan sujetos a la regla de selección que se establece en el artículo 4º de la misma ley, según la cual por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres.

ii) Conforme con el artículo 4º de la Ley 581, la participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos

en los artículos 2 y 3 de la citada ley, se hace efectiva por las autoridades nominadoras mediante la aplicación de las siguientes reglas:

- Por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio deben ser desempeñados por mujeres;
- Por lo menos el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, deben ser desempeñados por mujeres.

En la sentencia C-371 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente el artículo 4 *ibidem*, en el entendido de que la regla de selección que la norma consagra debe aplicarse en forma paulatina, esto es, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" fueran quedando vacantes.

iii) Por su parte, el artículo 5 de la Ley 581 de 2000 señala que no es obligatorio aplicar la cuota mínima del treinta (30%) a los siguientes cargos:

- Los pertenecientes a los sistemas de carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales, en razón de que en estos, el ingreso, permanencia y ascenso lo determina exclusivamente el concurso de méritos.

-Los que deben proveerse por el sistema de ternas o listas, los cuales están sujetos a las reglas establecidas en el artículo 6 de la misma ley.

-En un principio también contemplaba aquellos que deben proveerse por elección<sup>11</sup>, pero 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.

iv) En el artículo 6º, el legislador consagró dos (2) tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina:

- a. Por un lado, exigió que en la conformación de ternas se incluyera el nombre de una mujer y
- b. Por otra parte, que en las listas se considerarán igual proporción de mujeres y de hombres y dentro de este sistema de listas, dispuso que "... [q]uien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4º de esta ley".

<sup>11</sup> En la sentencia C-371 de 2000 la Corte declaró exequible el artículo 5 de la Ley de Cuotas, en el entendido de que por cargos de elección sólo deben incluirse los de elección popular, porque de lo contrario se restringiría excesivamente el ámbito dentro del cual la ley está llamada a operar.

En ejercicio del control previo de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2000, encontró exequibles los artículos transcritos, salvo en la parte que refería el deber de designar una mujer tratándose de nombramientos por el sistema de listas, pues, a su juicio, era una medida que resultaba discriminatoria para los hombres por el solo hecho de serlo, y, por ende, abiertamente contraria al principio de igualdad que rige el Estado Social de Derecho.

Asimismo, condicionó la exequibilidad de la disposición contenida en el artículo 6° de la Ley 581 de 2000, en el sentido de que la obligación de incluir en las ternas elaboradas por distintas personas o entidades por lo menos el nombre de una mujer no era una obligación inexorable.

Es decir, se mantuvieron incólumes las reglas según las cuales en la elaboración de ternas debe incluirse al menos el nombre de una mujer y en la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción. Empero, estableció un condicionamiento en relación con el artículo 6°.

En efecto, en la parte resolutive de la sentencia citada, en lo pertinente se decretó:

**“Primero: Declarar EXEQUIBLE el proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”, por el aspecto formal, salvo la expresión “A partir del primero (1º.) de septiembre de 1999”, contenida en los literales a) y b) del artículo 4° del citado proyecto de ley, que se declara INEXEQUIBLE por vicios de forma.**

**Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos 1, 2, 3, 9, 12, 13, 15, 16, 17 y 18 del mismo proyecto de ley.**

[...]

**Quinto: Declarar INEXEQUIBLE la expresión “y quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo cuarto de esta ley” contenida en el inciso segundo del artículo 6 del mencionado proyecto de ley, y EXEQUIBLE en forma condicionada el resto del artículo, bajo el entendimiento de que cuando en la conformación de ternas concurren distintas personas o entidades se procurará incluir mujeres, sin que esta sea una obligación inexorable” (Negrillas fuera de texto original).**

La razón que tuvo la Corte Constitucional para condicionar la exequibilidad de la disposición contenida en el artículo 6° de la

Ley 581 de 2000, fue sustentada de la siguiente manera:

**“Los cargos que se proveen por el sistema de ternas o listas**

**“58.- De acuerdo con el artículo 5°, los nombramientos por el sistema de ternas y listas, quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo 4°. No obstante, en el artículo 6°, el legislador consagra dos tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina. Por un lado, exige que en la conformación de ternas se incluya el nombre de una mujer y que en las listas, hombres y mujeres estén incluidos en igual proporción. Por el otro lado, y exclusivamente en relación con los cargos a proveer por el sistema de listas, dispone que ‘quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4° de esta ley’.**

*Sin lugar a duda, la primera de estas medidas es razonable y proporcionada. Aceptada la cuota que se consagra en el artículo 4°, con mayor razón un mecanismo que simplemente exige incluir a las mujeres en ternas y listas, se ajusta a la Constitución. Es claro, que al igual que los demás mecanismos analizados, encuentra fundamento en los artículos 1, 2, 13, 40 y 43 de la Carta. No obstante, respecto de esta medida, vale la pena señalar que la Corte no comparte el criterio de algunos de los intervinientes, en el sentido de que la inclusión de mujeres en las listas y ternas es un “simple saludo a la bandera”. Si bien este mecanismo no es tan eficaz como la cuota, pues no hay garantía de que las mujeres serán elegidas, la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, si viene acompañada con un respaldo y compromiso serio de las autoridades, ayuda a aumentar la participación de la mujer en cargos de poder.<sup>12</sup> Este es el caso de Argentina y Paraguay; aunque debe advertirse que la obligación legal en dichos países se refiere a la inclusión de mujeres en las listas de candidatos para ocupar escaños en el Senado y en la Cámara de Diputados.<sup>13</sup>*

Lo anterior le permite sostener a la Corte que el mecanismo estudiado no es un simple requisito, sin mayores consecuencias. Pero se insiste en que su eficacia depende de un verdadero compromiso de las autoridades nominadoras por garantizar una participación equitativa entre hombres y mujeres, en el desempeño de los empleos en cuestión.

<sup>12</sup> Ver al respecto, Mala N. Htun y Mark P. Jones. Op. cit.

<sup>13</sup> En Argentina, desde que fue promulgada la “Ley de Cupos de 1991” o Ley 24.012, la participación de la mujer en el Congreso de la Nación se elevó de un 5% antes de la ley a un 27% después de la ley y, en Paraguay, aprobada la Ley N° 834 de 1996, de un promedio de dos mujeres congresistas se aumentó a nueve.

No obstante, con respecto de la obligación de incluir en las ternas a una mujer, deben hacerse las mismas observaciones que se hicieron en el fundamento N° 50 a propósito de la cuota, es decir, que no puede entenderse que el cumplimiento del requisito analizado es inexorable, cuando en la conformación de aquéllas concurren distintas personas o entidades".

En el fundamento No. 50 citado se afirmó:

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

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

*En consecuencia, se bará un segundo condicionamiento a la declaratoria de exequibilidad del artículo 4°, en el sentido de que cuando en la designación de cargos del "máximo nivel decisorio" o de "otros niveles decisorios" concurren varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que esta sea inexorable" (Negrilla y subrayado fuera de texto original)*

Así, el citado artículo 6° de la Ley 581 de 2000 supone como regla general que en la postulación de nombres para la designación en cargos que deban proveerse por el sistema de ternas se incluya por lo menos el nombre de una mujer, pero en aquellos casos en que para la conformación de la terna concurran distintas personas o entidades, dicha regla halla una excepción en cuanto la obligación no es inexorable.

Sobre el particular, considera la Sala necesario precisar que si bien la Corte Constitucional efectuó el anterior condicionamiento respecto del sistema de elección mediante la postulación por ternas cuando intervienen varias voluntades - por ejemplo, con el caso de la conformación de la terna que prevé el artículo 275 de la Carta para la elección del Procurador General de la Nación, que se constituye por sendos nombres que postulan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado-, es lo cierto que las razones que sustentan tal decisión también son plenamente aplicables a aquellos asuntos en los que la elección (no de carácter popular, pues se aplica el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011) o nombramiento se efectúa mediante el **sistema de listas** y en la postulación de los nombres que la integran convergen distintas personas o entidades.

En efecto, no cabe duda de que en ciertos casos el cumplimiento de la participación femenina resulta incompatible con la forma como debía establecerse la respectiva lista o terna, pues es razonable entender que cuando no existe destinatario único del deber de integrar la terna o la lista según los parámetros que fija la ley de cuotas, esta obligación no se puede imponer al arbitrio a uno de los que concurren en su formulación, porque tal imposición excedería la exigencia legal.

Eso es precisamente lo que la Corte previó al condicionar la aplicación del sistema de ternas previsto en el artículo 6° aludido y que, por obvias razones y según lo expuesto, también se predica al sistema de listas.

De esta forma, es evidente que en esta hipótesis no es obligatorio que en la lista así constituida (esto es, a través de la convergencia de varias voluntades) se considere "igual proporción de mujeres y de hombres", porque no existiría un criterio legítimo para determinar en quien recaía la obligación de considerar a una mujer como aspirante.

*A contrario sensu*, cuando en la conformación de la terna de candidatos sólo interviene una persona o entidad, la inclusión de al menos una mujer como candidata o participante, es un requisito de indefectible e inexcusable cumplimiento. De igual forma, cuando en la integración de la lista sólo interviene una voluntad, es deber de esta incluir hombres y mujeres en igual proporción.

#### CASO CONCRETO

En el caso concreto debe establecerse si en la conformación de la lista (plancha No. 1) que los Partidos Liberal, Cambio Radical, de la U, Alianza Verde y Opción Ciudadana sometieron a consideración del Congreso de la República a fin de que se eligieran los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, era obligatorio atender lo dispuesto en la Ley de Cuotas, en concreto, en el artículo 6° - Ley 581 de 2000, o si por el contrario, la aplicación de esta ley no era inexorable, en virtud del condicionamiento que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000.

A fin de resolver dicho problema jurídico, como primera medida, se determinará si dentro del proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, la plancha No. 1 de candidatos correspondió a una lista única presentada a título de coalición por los Partidos Liberal, de la U, Cambio Radical, Partido Verde y Opción Ciudadana, es decir, por mutuo acuerdo, o si, por el contrario, puede entenderse que se trató de postulaciones independientes por cada uno de los citados partidos.

Sobre el particular, en el proceso se encuentra demostrado lo siguiente:

-Que según el acta de convocatoria a elección de magistrados al Consejo Nacional Electoral, que obra a folio 651 a 652 del expediente, ante la Secretaría General del Senado los partidos políticos inscribieron los siguientes candidatos:

*(...) El suscrito Secretario General del Senado de la República, informa que en la Secretaría General del Senado los partidos políticos postularon como candidatos a Magistrados del Consejo Nacional Electoral, a quienes se relacionan a continuación:*

*"Partido Polo Democrático Alternativo"*

1. Benjamín Ortiz Torres

*"Partido Cambio Radical"*

1. Idayris Yolima Carrillo Pérez

*"Partido Conservador Colombiano"*

1. Carlos Ernesto Camargo Assis

2. Ángela Hernández Sandoval

3. José Iván Clavijo Contreras

4. Nora Tapia Montoya

5. Carlos Julio Manzano Ocampo

*"Partido Liberal"*

1. Héctor Helí Rojas Jiménez

2. Emiliano Rivera Bravo

3. Doris Ruth Méndez Cubillos

*"Partido Alianza Verde"*

1. Armando Novoa García

*"Partido Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande"*

1. Felipe García Echeverri

2. Gloria Inés Gómez Ramírez

3. Carlos Mario Cano Dios

4. María Girsela Aide Villegas Muñoz

5. José Mario Botero Giraldo

6. Luz Helena Rivera López

*"Partido Opción Ciudadana"*

1. Jose Joaquín Plata Albarracín

2. Ángel Alirio Moreno Mateus

*"Partido Conservador Colombiano"*

1. Carlos Ernesto Camargo Assis

2. Ángela Hernández Sandoval

3. José Iván Clavijo Contreras

4. Nora Tapia Montoya

5. Carlos Julio Manzano Ocampo

*"Partido de la U"*

1. Carlos Antonio Coronel Hernández

2. Ciro Muñoz Oñate

3. Astrid Sánchez Montes de Oca

4. Liliana Cardona Chagin

5. Eduardo José Galvis

6. Tarquino Pacheco

7. Luis Bernardo Franco

8. Miguel Hugo Miranda"

-Que para tal efecto, previamente el Partido Liberal efectuó una convocatoria abierta para que los militantes que cumplieran los requisitos de ley se postularan al cargo de magistrados del Consejo Nacional Electoral. Que como consecuencia de ese trámite la bancada decidió apoyar a los señores Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera y Doris Ruth Méndez Cubillos (folios 229-435).

-Que, por su parte, el Partido de la U, expidió la Resolución No. 028 del 30 de julio de 2014, mediante la cual reglamentó el procedimiento para la selección de sus candidatos al Consejo Nacional Electoral (folios 437-439).

-Que mediante escrito del 13 de agosto de 2014, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la U expidió un listado de candidatos que acreditaban los requisitos, respecto de los cuales efectuaría la escogencia la bancada (folios 440-444).

-Que mediante auto del 25 de agosto de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de tutela No. 2014-03511-00, se ordenó la inclusión dentro del referido listado de candidatos al doctor Alexander Vega Rocha (Folios 446-449).

-Que el día 26 de agosto de 2014, se efectuó el escrutinio de los votos emitidos por la bancada del Partido de la U respecto de los candidatos a Magistrados del Consejo Nacional Electoral, procedimiento que arrojó el siguiente resultado (folio 450):

Nombre	Votos
Luis Bernardo Franco Ramírez	45
Alexander Vega Rocha	31
Ciro Muñoz Oñate	20
Astrid Sánchez Montes	9
Liliana Cardona Chagüi	6
Carlos Coronel Hernández	2
Tarquino Pacheco Camargo	2
Miguel Hugo Miranda Nieto	1
Eduardo José Galvis	0

-Que, por otro lado, la postulación del Partido Alianza Verde, según el escrito que obra a folios 670 y 671, se desarrolló de la siguiente manera:

*"[Primero] fueron convocadas tres fuerzas políticas con representación en el Congreso de la República (Polo Democrático Alternativo, MIRA y el Partido Alianza Verde), cuya finalidad era definir un candidato único para ser postulado en la sesión del Congreso en Pleno, citada para escoger los magistrados que conformarían el Consejo Nacional Electoral.*

*Cada colectividad a su interior, analizó las calidades legalmente exigidas y posteriormente debía presentar un nombre a la sesión de Senadores y Representantes a la Cámara de los tres grupos políticos. Por parte del Polo Democrático fue presentado el nombre del doctor Benjamín Ortiz y por parte de MIRA y Alianza Verde se presentó el nombre del doctor Armando Novoa.*

*Se perfeccionó un acuerdo con la Unidad Nacional, cuya finalidad era lograr incluir el nombre del doctor Armando Novoa en la lista unificada, situación que efectivamente ocurrió. Es así como el nombre de nuestro candidato se ubicó en el 6º lugar de la mentada lista y fue elegido por cuociente.*

*Debe anotarse que los votos de la coalición Alianza Verde, Polo Democrático y MIRA, no eran suficientes para elegir un magistrado, pues sumaban 22, por lo que se requería ampliar la coalición para la reelección, por lo que se llegó a un acuerdo con la Unidad Nacional".*

-Que la bancada del Partido Cambio Radical, según consta en el escrito que obra a folios 858-865 del expediente, decidió postular como única candidata al Consejo Nacional Electoral a la señora Yolima Carrillo.

-Que el Partido Opción Ciudadana, después de adelantar un proceso interno de selección inscribió a los señores José Joaquín Plata Albarracín y Angel Alirio Moreno Mateus (folio 661).

- Que el Partido de la U, el Partido Liberal Colombiano, el Partido Cambio Radical, el Partido Alianza Verde y el Partido Opción Ciudadana, decidieron adoptar una plancha única de candidatos a integrar el Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018, teniendo en cuenta las personas que habían sido previamente seleccionadas por cada una de las respectivas bancadas.

-Que según el acto de elección que obra a folios 30-45 del expediente, en lo que tiene que ver con los candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral, se trató de una postulación colectiva por varios partidos y el procedimiento se hizo a través de dos planchas.

a. La plancha No. 1 denominada de la Unidad Nacional, integrada por el Partido de la U, el Partido Liberal, Cambio Radical, el Partido Alianza Verde y el Partido Opción

Ciudadana, en la cual se postularon los siguientes aspirantes:

Candidato	Partido
Luis Bernardo Franco	Partido de la U
Héctor Helí Rojas	Partido Liberal
Yolima Carrillo	Partido Cambio Radical
Alexander Vega	Partido de la U
Emiliano Rivera	Partido Liberal
Armando Novoa	Partido Verde
José Joaquín Plata	Opción Ciudadana
Ciro Muñoz	Partido de la U
Doris Méndez	Partido Liberal

b. La plancha No. 2 que fue presentada por el Partido Conservador y el movimiento Centro Democrático.

Candidato	Partido
Carlos Camargo	Partido Conservador
Ángela Hernández Sandoval	Partido Liberal
Felipe García	Centro Democrático
Gloria Inés Gómez	Centro Democrático

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral el artículo 264 de la Constitución Política establece que:

*"Artículo 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un periodo 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".*

De esta forma, la misma Carta Política prevé que los magistrados del Consejo Nacional Electoral - que son 9; serán elegidos por el Congreso de la República en pleno, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coalición entre ellos, mediante el sistema de cifra repartidora y para el período institucional de 4 años.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado que el Consejo Nacional Electoral tiene una naturaleza de índole política, atendiendo al procedimiento especial mediante el cual se integra y, en particular, a las

competencias que dicho órgano tiene a cargo. Sobre el particular, se resalta:

*“(…) De la revisión de los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales puede establecerse con claridad que el CNE tiene, (i) un específico y singular procedimiento de elección y conformación de carácter eminentemente político y (ii) unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral.*

*En resumen, el CNE es un organismo autónomo de rango constitucional, dotado de autonomía administrativa y financiera que tiene un origen eminentemente político por cuanto: (i) la postulación y elección de los magistrados que representan esta organización, proviene de los partidos políticos y las diferentes bancadas con representación en el Congreso, es decir de las organizaciones de individuos con características ideológicas o filosóficas afines, que convergen en la creación de una entidad más fuerte denominada partido político y (ii) poseen funciones constitucionales que, aunque de naturaleza netamente administrativa, producen unas consecuencias políticas dentro de los partidos y la sociedad.*

*Ahora bien, el origen político de los miembros que integran el CNE y la representación que en su seno gozan las bancadas con asiento en el Congreso de la República, huelga decirlo, jamás implica que las funciones netamente administrativas que ejerzan los miembros de este órgano autónomo, sean ejercidas de una manera arbitraria o bajo sus propios intereses, pues en su desarrollo dichas competencias están absolutamente regladas al punto que (i) dejan un campo casi nulo para la discrecionalidad y (ii) están sujetas al control jurisdiccional<sup>14</sup>”.*

Es precisamente que debido a su naturaleza política, por la necesidad de representación de los partidos políticos y ante la posibilidad de inclusión de las minorías en la composición del Consejo Nacional Electoral, como tareas prioritarias este órgano debe “...ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados, así como reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos<sup>15</sup>”.

La ejecución de dichas funciones constituye la razón fundamental para que la postulación de los aspirantes a integrar dicho

órgano este a cargo de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, bien sea que lo hagan directamente o mediante coalición entre ellos.

Máxime si se tiene en cuenta “...que en el CNE confluyen las diferentes fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático, organizadas por bancadas, y que las decisiones administrativas de este órgano tienen trascendencia importante dentro de la estructura de los partidos y movimientos políticos. Incluso su elección es precisamente uno de los pocos eventos en los que el Congreso Nacional se reúne en pleno, esto es, con la integración de sus dos cámaras, a fin de que los partidos políticos que las componen ejerzan el poder y su derecho de elegir a los representantes de sus bancadas para ejercer a través de ellos, sus derechos de vigilancia sobre el denominado asunto electoral<sup>16</sup>”.

Una vez sentado lo anterior, en el sub examine la Sala evidencia que de manera previa a la integración de la plancha No. 1, denominada de la Unidad Nacional, los partidos políticos que la conformaron (Partido de la U, Cambio Radical, Partido Liberal, Alianza Verde y Opción Ciudadana), adelantaron de manera independiente el proceso de selección de sus aspirantes, lo cual se llevó a cabo mediante la participación y aprobación de sus respectivas bancadas.

Incluso se observa que cada uno de los citados partidos políticos presentaron ante la Secretaría General del Senado a las personas que postulaban en su nombre para aspirar a ser miembros del Consejo Nacional Electoral.

Asimismo, está demostrado que posteriormente decidieron incluir en una sola lista algunos de los candidatos que había “preseleccionado” cada uno de los partidos políticos. En concreto, 3 aspirantes por parte del Partido de la U, 3 por el Partido Liberal, 1 por Cambio Radical, 1 por Alianza Verde y 1 por opción ciudadana, de los cuales, como se conoce, resultaron electas 6 personas: los señores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yólina Carriño y Armando Novoa.

Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que la presentación de los candidatos que integraron la plancha No. 1 por parte de la Unidad Nacional, no provino de una única persona o partido o movimiento político. Por el contrario, como se pone de presente en el mismo acto de elección, se trató de una “postulación colectiva” mediante el empleo de planchas de aspirantes, las cuales fueron debidamente sometidas a la votación de la Plenaria del Congreso de la República.

Es decir, la votación no se efectuó respecto de los candidatos que cada partido político presentó de manera independiente, sino que dicha votación y, por consiguiente, la correspondiente elección se dio con relación a los candidatos que figuraban en las planchas No. 1 y No. 2, que los partidos implicados decidieron someter a consideración del Congreso en pleno, a raíz de la concertación que existió entre los mismos.

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2011. Exp. 2010-00120-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

Dentro de este contexto y de acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior, es forzoso concluir que el acto de elección de los doctores Luis Bernardo Franco, Alexander Vega, Héctor Elí Rojas, Emiliano Rivera, Yolima Carriño y Armando Novoa como Magistrados del Consejo Nacional Electoral, no es violatorio del artículo 6° de la ley 581 de 2000 ni de ninguna norma constitucional, como equivocadamente sostiene la parte actora.

Como bien se puso de presente en líneas anteriores, la designación de los magistrados del Consejo Nacional Electoral es competencia del Congreso de la República en pleno, Corporación que debe proveer tales cargos mediante elección, con base en las postulaciones de candidatos que para tal efecto le presenten los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de manera independiente o por coaliciones entre ellos.

Empero, la Ley de Cuotas no es aplicable a aquellos eventos en los que en la conformación de la lista intervienen varias voluntades o personas, por cuanto es razonable que cuando no existe destinatario único del deber de componer la lista en igual proporción de hombres y mujeres, sencillamente no se puede imponer.

En tales casos, la observancia de los parámetros que prevé el artículo 6° de la citada disposición no es obligatoria, sino apenas una finalidad que debe procurarse alcanzar, sin que su materialización sea un requisito de inexorable cumplimiento. Es obvio que sólo puede coexistir una obligación cuando existe claridad para vincular a alguien con la misma.

En este sentido, es claro que en la integración de la plancha de candidatos que realizaron los ya citados partidos políticos a fin de que se eligiera por parte del Congreso los magistrados del Consejo Nacional Electoral, periodo 2014-2018, no se tenía obligación legal alguna de que se incluyeran hombres y mujeres en igual proporción, en tanto existió pluralidad de personas que tenían la capacidad jurídica para postular y, por ende, no era posible establecer a cuál de ellas era exigible la designación de mujeres.

Tampoco tenía cabida la aplicación al sub examine del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, pues esta disposición se refiere a la obligación que tienen los partidos y movimientos políticos de postular dentro de sus listas de candidatos como mínimo el 30% de mujeres, pero en tratándose de acceso a cargos de corporaciones públicas por elección popular (Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Municipal y JAL), que no es lo que sucede respecto de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, toda vez que su elección no es fruto de la voluntad popular.

Sin perjuicio de lo anterior, como bien lo precisó el agente del Ministerio Público, es necesario resaltar que en el caso particular del partido de la U, está demostrado que el procedimiento de selección de los precandidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral se reglamentó mediante la Resolución No.

028 de 2014 y que se efectuó una convocatoria pública y abierta para todos los militantes que cumplieran con los requisitos que exige la ley para ocupar dicho cargo.

Dentro de ese trámite se presentaron 9 candidatos de los cuales sólo dos eran mujeres (las doctoras Astrid Sánchez Montes y Liliana Cardona), quienes dentro de la votación que efectuó la bancada obtuvieron 9 y 6 votos respectivamente, con lo cual ocuparon los puestos 4° y 5° dentro de todos los aspirantes.

Es decir, fue la decisión de la mayoría de la bancada, dentro de un proceso democrático que se adelantó con las garantías del caso, la que determinó el orden en que se inscribiría la "pre-lista de candidatos" de ese partido político (dentro de la cual se incluyó a las citadas señoras), lo cual posteriormente sirvió de base para configurar la plancha No. 1 que se presentó mediante la concertación con los demás integrantes de la Unidad Nacional. Ese trámite fue objetivo, público, transparente e imparcial, en el cual gozaron de las mismas oportunidades y garantías de inscripción y postulación, tanto los aspirantes del sexo masculino como las del sexo femenino.

Por último, la Sala precisa que si bien los partidos y movimientos políticos han sido dotados de autonomía e independencia en sus decisiones, es lo cierto que tales cualidades no son absolutas. El legislador, con la finalidad de eliminar la discriminación que existe en perjuicio de las mujeres, le ha establecido una serie de deberes en aras de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en todas las ramas del poder público y demás órganos de la administración.

En ese sentido se pronunció expresamente la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011 cuando a fin de analizar de fondo la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011<sup>17</sup>, concluyó que no existía cosa juzgada constitucional respecto de lo decidido en la sentencia C-371 de 2000, que, entre otras cosas, había declarado la inexecutable del artículo 14 del denominado Proyecto de Ley de Cuotas<sup>18</sup>, el cual en el inciso segundo contemplaba un umbral de participación de "no menos del 30% en lugares en los que puedan salir electas (mujeres) en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular" - norma de similar contenido al aparte final del referido artículo 28 - bajo el argumento de que se trataba de una injerencia Estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita

17 Artículo 28. 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 incurso 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*

18 Proyecto de ley 158 de 1998 Cámara, 062 de 1998, Senado, "Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".

por la Constitución, toda vez que eran varios los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a conformar y organizar libremente (sin injerencia alguna) partidos políticos (aunque claro está con observancia de las normas establecidas en la Constitución y en la ley estatutaria respectiva).

En efecto, en la sentencia C-490 de 2011, la Corte replanteó dicha postura y fue enfática en señalar que “...**el parámetro constitucional sobre el cual se declaró la inxequibilidad en la sentencia C-371/00, ha sufrido significativas transformaciones. Tal declaratoria se sustentó en los artículos 40, 107, 108 y 109 de la Constitución Nacional, en su concepción anterior a las reformas constitucionales de 2003 y 2009. Estas disposiciones plasmaban una orientación amplia y maximalista de la protección a la autonomía de los partidos y movimientos políticos. En este sentido el artículo 108, establecía que en “ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimiento políticos”. Este soporte constitucional le permitió a la Corte en su momento sostener que, la conformación de las listas de candidatos era un asunto interno de los partidos, de competencia exclusiva de los partidos y movimientos políticos, en el cual, por virtud de la amplia autonomía que la Carta les reconocía, no podría tener injerencia alguna el legislador**”.

Que “... no obstante lo anterior, 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.

Así, estos argumentos “...permitían afirmar que la inxequibilidad de la cuota de participación política para cargos de elección popular contenida en el artículo 14 de la Ley Estatutaria de Cuotas, declarada mediante sentencia C.-371/00, se fundamentó en un marco constitucional que prohibía al legislador intervenir en los asuntos internos de los partidos y movimientos políticos, como la conformación de listas. Este marco constitucional cambió, en el sentido de permitir al legislador intervenir en la regulación de algunos aspectos internos de los partidos y movimientos políticos, por lo que el análisis de constitucionalidad de la disposición que ahora se examina no está atado a las consecuencias de la sentencias C-371 de 2000. El estudio de constitucionalidad que debe ahora emprender la Corte se efectúa sobre un nuevo marco constitucional, y por lo que no hay cosa juzgada constitucional derivada de la

*sentencia del 2000, [pero que] lo anterior no obsta[ba] para que algunos de los argumentos que llevaron a la Corte a declarar la exequibilidad de las demás medidas legislativas orientadas a promover la participación efectiva de las mujeres en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público en la C-371/00, sean adoptados y reiterados en esta oportunidad, toda vez que la declaratoria de inxequibilidad del artículo 14 se fundamentó única y exclusivamente en el argumento de la autonomía de los partidos y movimientos políticos” (negritas y subrayado fuera de texto original).*

Los anteriores planteamientos le permitieron a la Corte Constitucional analizar de fondo el contenido del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y declarar la exequibilidad del aparte que prescribe que en tratándose del acceso a cargos de elección popular 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.

En concreto, respecto de la citada norma expresamente dijo:

*“(...) En primer lugar, no hay duda que la cuota establecida en el aparte final del artículo 28 del Proyecto desarrolla un fin constitucional que no solamente es legítimo, sino importante<sup>162</sup>, comoquiera que promueve la realización de un principio axial del ordenamiento constitucional como es la igualdad real y efectiva, en este caso entre hombres y mujeres en el plano de la participación política, y propugna por un avance hacia el cumplimiento de postulados medulares de la organización de los partidos y movimientos políticos, tales como el principio democrático y la equidad de género, especialmente, teniendo en cuenta el estado actual de evolución, caracterizado por la inequitativa participación de la mujeres en aquellos escenarios de altos niveles decisorios.*

*En segundo lugar, la medida se muestra como adecuada y efectivamente conducente para alcanzar esa importante finalidad, toda vez que - a diferencia de otras medidas indirectas que persiguen promover el empoderamiento de las mujeres, la visibilización de la discriminación, o la equidad en general -, la cuota constituye una estrategia directamente encaminada a incrementar los niveles de participación de las mujeres en la política, a fin de hacerla más igualitaria. La experiencia global y regional ha demostrado que las cuotas resultan ser una de las medidas más difundidas y eficaces para promover la participación política de las mujeres. Así lo evidencia el proceso de incorporación masiva en los diferentes ordenamientos jurídicos que se ha observado en las últimas décadas, asociado a un correlativo incremento de la participación femenina en el campo de la política<sup>163</sup>.*

*Y finalmente, la medida examinada no incorpora una restricción desproporcionada a la autonomía de los partidos y movimientos políticos. Cabe recordar que con las reformas políticas de 2003 y 2009 se derogó la prohibición contenida en el artículo 108 en el sentido que el legislador no podía, en ningún caso, establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos. En consecuencia, la protección constitucional de la autonomía de los partidos, está sujeta a las limitaciones que legítimamente realice el legislador, en particular a aquellas orientadas a proteger los principios a los cuales debe sujetarse la organización y actuación de los partidos, como es la equidad de género.*

*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.*

*En suma, la disposición contenida en el aparte final del artículo 28 del proyecto analizado, resulta plenamente ajustada a la Constitución, toda vez que promueve la igualdad sustancial en la participación de las mujeres en la política, estableciendo una medida de carácter remedial, compensador, emancipatorio y corrector a favor de un grupo de personas ubicado en situación sistémica de discriminación; realiza los principios democrático y de equidad de género que rigen la organización de los partidos y movimientos políticos, a la vez que desarrolla los mandatos internacionales y de la Constitución sobre el deber de las autoridades de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración*

*pública. Se trata además, de una medida que si bien puede limitar algunos de los contenidos de la autonomía de los partidos y movimientos políticos, persigue una finalidad importante, es adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin, a la vez que resulta proporcional en sentido estricto" (Negrillas y subrayado fuera de texto original)*

De acuerdo con estas razones, a juicio de la Sala, la observancia por parte de los partidos y movimientos políticos de la Ley de Género no representa una restricción desproporcionada e irracional de su autonomía. Por el contrario, obedece a un fin que el legislador y la Corte Constitucional han considerado como loable, esto es, promover condiciones de igualdad entre ambos géneros y garantizar el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público.

Además, la aplicación de la Ley de Cuotas hace efectivos los principios democrático y de equidad de género que rigen la organización de los partidos y movimientos políticos y al mismo tiempo, desarrolla los mandatos internacionales y de la Constitución sobre el deber de las autoridades de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de los órganos estatales.

Por consiguiente, según lo expuesto, lo que se impone, es negar 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 Wilton Molina Siado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidenta  
**Carlos Enrique Moreno Rubio**  
Consejero de Estado  
**Alberto Yepes Barreiro**  
**Gabriel de Vega Pinzón**  
Conjuez

**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Normas que regulan su elección / VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Normas que regulan su elección / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Funciones específicas en la elección de Presidente y Vicepresidente de la República**

Las normas que regulan la elección del Presidente y del Vicepresidente de la República están contenidas principalmente en la Constitución Política, en el Código Electoral (en lo pertinente) y en las Leyes 996 de 2005 y 1475 de 2011. Del artículo 190 de la Constitución Política se desprende que la elección de la fórmula presidencial se puede hacer en una o en dos vueltas, dependiendo de si se cumple o no el requisito de mayoría previsto en esa norma, cuyo primer inciso es del siguiente tenor: "Artículo 190. El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por 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. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos. (...)". Es claro que el citado inciso establece un tipo mayoría diferente para cada vuelta, a fin de que se declare la correspondiente elección.

En efecto, para resultar electo en la primera vuelta se requiere obtener "la mitad más uno de los votos" depositados. Si ninguno obtiene esa votación, se realiza una segunda vuelta en la que participarán los dos candidatos que hubieren obtenido en la primera vuelta "las más altas votaciones". En cambio, en la segunda vuelta será declarado Presidente y Vicepresidente "quien obtenga el mayor número de votos", aspecto sobre el cual se profundizará en el siguiente acápite. Por su parte, el artículo 8º de la Ley 996 de 2005 establece que la inscripción de los candidatos a la Presidencia de la República -con su respectiva fórmula vicepresidencial- se iniciará con cuatro (4) meses de anterioridad a la fecha de votación de la primera vuelta de la elección presidencial y se podrá adelantar durante los 30 días siguientes. Que, asimismo, las inscripciones podrán modificarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de cierre de la inscripción. Terminada la jornada de votación se inicia el escrutinio respectivo a cargo de las comisiones escrutadoras distritales, municipales y auxiliares, el cual tiene lugar hasta las doce de la noche de ese día.

En caso de que para esa hora no haya podido terminarse el escrutinio, la respectiva audiencia continuará al día siguiente entre las nueve de la mañana (9:00 a. m.) y las nueve de la noche (9:00 p.m.), y así sucesivamente de ser necesario, hasta terminar el escrutinio. Una vez finaliza el escrutinio de mesa y leídos los resultados, las personas autorizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil escanean las actas para ser publicadas en la página web de la entidad, entregando una copia de las actas a los testigos electorales. Los escrutinios generales los realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral a partir

de las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del martes siguiente a las elecciones, en la capital de cada Departamento. El escrutinio se adelanta en sesión permanente, y comprende toda la votación nacional para Presidente y Vicepresidente, y de la depositada por los colombianos residentes en el exterior, con base en los documentos electorales pertinentes. Son funciones específicas del Consejo Nacional Electoral en estas elecciones, conocer de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de sus delegados; resolver las discrepancias existentes entre sus delegados y declarar la elección en audiencia pública, expidiendo las respectivas credenciales. La declaratoria de elección se la comunicará al Congreso de la República, al Gobierno y a los ciudadanos electos.

**SISTEMA DE ELECCIÓN PRESIDENCIAL - Calificado o de dos vueltas / SEGUNDA VUELTA - Resulta electo el candidato que consiga el mayor número de votos / MAYORÍA RELATIVA - Es aquella 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**

Las normas que el demandante considera desconocidas por el acto acusado, son las siguientes: De la Constitución Política: "Artículo 190. El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por 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. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos (...). Del Código Electoral: "Artículo 191. Terminado el escrutinio para Presidente de la República el cual se hará en sesión permanente, sus resultados se publicarán en el acto.

El Consejo Nacional Electoral declarará la elección del candidato que hubiere obtenido la mayoría de los sufragios y el Presidente de la Corporación lo comunicará así al Congreso, al Gobierno y al ciudadano electo". De acuerdo con lo anterior, como bien lo pone de presente el agente del Ministerio Público, es evidente que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se implementó un sistema de elección presidencial "calificado o de dos vueltas", que difiere sustancialmente del que preveía el Código Electoral en la citada norma. En este nuevo sistema es claro que una vez el Consejo Nacional Electoral ha realizado el escrutinio de los votos en la primera vuelta, debe declarar la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, siempre y cuando los correspondientes candidatos hayan obtenido la mayoría absoluta de los votos de los ciudadanos, es decir, la mitad más uno. Sólo en caso de que ninguna de las fórmulas obtenga dicha mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta en la que se presentarán las dos candidaturas que hayan obtenido las más altas votaciones, de las cuales ganará la que obtenga el mayor número de votos.

En el presente caso, el actor considera que no podía declararse la elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República para el período 2014-2018 respectivamente, "... toda vez que la suma de los votos obtenidos por Oscar Iván Zuluaga y Carlos Holmes Trujillo, más los votos en blanco, los votos nulos y las tarjetas no marcadas, suman un total de 7.978.872, es decir la mayoría absoluta". Empero, se anticipa, a juicio de la Sala, tal argumento no es de recibo, pues, se reitera, el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política determina con meridiana claridad que en la segunda vuelta resultará electo el candidato que simplemente consiga el mayor número de votos por él depositados. Tal normativa constitucional no está sometida a consideraciones adicionales o a conceptos ajenos, como erróneamente entiende el demandante. En otras palabras, esa mayoría relativa "es aquella 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", que es precisamente la situación que se da en la elección del Presidente de la República y Vicepresidente de la República en segunda vuelta.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL  
- Contra el acto de elección del Presidente y  
Vicepresidente de la República / MAYORÍA -  
Para la elección de presidente y vicepresidente  
en primera vuelta es absoluta / MAYORÍA - Para  
la elección de presidente y vicepresidente en  
segunda vuelta es relativa**

De conformidad con el problema jurídico que se planteó en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el acto demandado se expidió infringiendo los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral, al desconocer que la fórmula ganadora no obtuvo "el mayor número de votos" ni "la mayoría de los sufragios" que, a juicio del actor, se exige en esas disposiciones. De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, la Sala pone de presente que en el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política están inmersas dos clases de mayorías: una absoluta y la otra relativa. La absoluta se aplica en la primera vuelta y exige para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República, haber obtenido "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". En este evento sí se requiere que los candidatos obtengan la mitad más uno de los votos, respecto de toda la votación válida: es decir, los votos obtenidos por todos los candidatos, los votos depositados tan sólo por las listas y los votos en blanco. Todos esos votos se suman y si el candidato a Presidente obtuvo la mitad más uno de esa sumatoria, resultará electo como tal. Por ejemplo, si toda la votación válida fue de 10'000.000, la fórmula Presidencial que en primera vuelta obtenga 5'000.001 sería la que debería declararse ganadora y, en consecuencia, sus respectivos candidatos serían electos como Presidente y Vicepresidente de la República. En cambio la mayoría relativa se aplicará en los eventos en que deba adelantarse segunda vuelta, reservada para las dos candidaturas que en la primera vuelta

obtuvieron "las más altas votaciones", sin que hubiesen llegado a obtener una mayoría absoluta.

En este caso, el artículo 190 constitucional en la parte final del inciso primero solamente exige que en las votaciones de la segunda vuelta el candidato logre "el mayor número de votos", para ser elegido Presidente de la República. A juicio de la Sala, en concordancia con lo expuesto por el agente del Ministerio Público, no resulta lógico entender que en la segunda vuelta se exija que a fin de que se declare la respectiva elección el candidato deba obtener la mitad más uno de todos los votos válidos, pues tal interpretación implicaría que en caso de que no se logre esa mayoría absoluta debería repetirse la elección cuantas veces sea necesario, lo cual desconoce el verdadero contenido del artículo 190 constitucional. Debe recordarse que el hecho de que la referida norma constitucional expresamente señale que a la segunda vuelta sólo acudirán las dos "más altas votaciones", denota la intención del constituyente primario de que precisamente la regla de la mayoría relativa se aplique a dichas candidaturas a fin de que entre ellas se escoja de manera definitiva el Presidente y Vicepresidente de la República. Aunado a lo anterior, la Sala aprovecha esta oportunidad para recordar que según los artículos 137 y 138 del Código Electoral y 17 de la Ley 163 de 1994, los votos nulos y las tarjetas no marcadas carecen de valor jurídico y, por ende, no tienen la potencialidad de influir en la determinación de la mayoría, como equívocamente pretende el actor.

De los votos inválidos y de las tarjetas marcadas obviamente no es posible establecer la voluntad del elector y, por consiguiente, no están llamados a computarse en la respectiva elección. Ahora bien, esta Sala, como en otras ocasiones, reconoce la importancia de la figura del voto en blanco como "una forma de participar en política y expresar inconformismo frente a las candidaturas de una determinada contienda electoral. Así como el voto se utiliza, en general, para apoyar la opción política de la preferencia, el voto en blanco constituye otra opción política, que rechaza el acceso a un cargo público de quienes han presentado como candidatos. En ese sentido, es un acto de participación política, pues implica concurrir en 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". Empero, es importante aclarar que aunque el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política, establece que en las elecciones en las cuales "los votos en blanco constituyan mayoría" deberá repetirse por una sola vez la votación, dicha disposición no es aplicable al presente asunto, pues esta se refiere "(...) a la elección de miembros de una Corporación Pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales (...)", mas no a la segunda vuelta para la elección de Presidente, que es lo que se debate en el presente proceso. No cabe la menor duda de que los demandados obtuvieron la mayoría que contempla el artículo 190 de la Constitución Política respecto de la segunda vuelta de las presidenciales y, por tanto, debían ser declarados electos Presidente y Vicepresidente de la República respectivamente, para el período 2014-2018.

Por consiguiente, según lo expuesto, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

Nota de Relatoría: Sobre el significado de la expresión mayoría y sus acepciones en el sistema electoral colombiano. Sentencia de 9 de marzo de 2012. Rad. 11001-03-28-000-2010-00029-00 (acumulado). M. P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Representantes por Colombia al Parlamento Andino. Sentencia de 17 de septiembre de 2015. Rad. 2014-00100. M. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá D. C., cinco (5) de noviembre 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

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 solicita que se declare la nulidad de la elección de los demandados como Presidente y Vicepresidente de la República.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El señor Humberto de Jesús Longas Londoño presentó demanda<sup>1</sup> en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, contra el acto de elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, período 2014-2018, demanda en la que planteó 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 periodo constitucional 2014 - 2018, al doctor German 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 periodo 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.*

*Artículo quinto: (...) “y a los elegidos” (fls. 85 y 86).*

**2. Hechos**

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

- El 4 de marzo de 2014, en el formulario E-6P se inscribieron en coalición, ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia, respectivamente, para el período constitucional 2014-2018.

- El Consejo Nacional Electoral mediante Resolución N° 1950 del 6 de junio de 2014 declaró los resultados de la votación que, en primera vuelta, tuvo lugar el día el 25 de mayo de 2014. Señaló que sólo las fórmulas conformadas por los doctores Oscar Iván Zuluaga Escobar y Carlos Holmes Trujillo García y Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras, podrían participar en la segunda vuelta.

<sup>1</sup> Junto con su corrección del 23 de octubre de 2014.

- El 15 de junio de 2014 se llevaron a cabo las votaciones en segunda vuelta. El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución N° 2202 del 19 de junio de 2014, declaró la elección de Juan Manuel Santos Calderón y de Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de Colombia, período 2014-2018.

### 3. Normas violadas y el concepto de violación

En síntesis, se plantea como vicio que, a juicio del actor, hace anulable la referida elección el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución Política y en el artículo 191 del Código Electoral (Decreto No. 2241 de 1986), pues:

- El artículo 190 de la Constitución Política es enfático en prescribir que será declarado Presidente quien obtenga "*el mayor número de votos*". Por su parte, el artículo 191 del Código Electoral consagra que "*se declarará la elección del candidato que obtenga la mayoría de los sufragios*".
- De conformidad con la real academia de la lengua española, dichas expresiones deben interpretarse frente a todos los votos, esto es, tanto válidos, nulos y tarjetas no marcadas. En otras palabras, debe entenderse que la referencia "al mayor número de votos" se relaciona con el total de votos depositados. Que, en consecuencia, "*el número más grande de todos los votos depositados, como expresión superlativa*".
- Puso de presente que en las elecciones del 15 de junio de 2014 el total de votos fue de 15.818.214, de los cuales la fórmula presidencial de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras obtuvo un total 7.839.342; mientras que los demás votos (los de la otra fórmula, los votos en blanco, los votos nulos y las tarjetas no marcadas) sumaron 7.978.872.
- De acuerdo con lo anterior, es evidente que la fórmula que se declaró elegida no obtuvo "*el mayor número de votos*" ni la "*mayoría de los sufragios*".
- Que la votación de 7.978.872 que obtuvieron los demás actores en las votaciones tiene connotación constitucional, toda vez que "*i) Se debe respetar el principio fundamental de la participación ciudadana; ii) Se debe respetar el principio fundamental de la soberanía exclusiva en el pueblo colombiano; y iii) Se debe respetar el derecho fundamental del ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*".
- A juicio del actor, en este preciso caso a fin de declarar la correspondiente elección debió hacerse una comparación entre los votos obtenidos por una de las formuladas frente al restante número de votos, cifra que debe incluir los depositados por la otra fórmula presidencial, los votos en blanco, los nulos y las tarjetas no marcadas.

• Tal comparación arroja la siguiente conclusión: ninguna de las fórmulas presidenciales que llegaron a la segunda vuelta obtuvo "el mayor número de votos" ni "la mayoría de los sufragios." Por ende, el Consejo Nacional Electoral debió abstenerse de declarar la elección y, en consecuencia, lo correcto era que solicitara al Gobierno Nacional que convocara a nuevas elecciones, pues la segunda vuelta "*fue fallida*".

• Como no se efectuó de esta manera, el acto acusado es ilegal por desconocer los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral.

### 4. Contestación de la demanda

Los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras, por intermedio de apoderado judicial, en escrito que obra a folios 172-183 del expediente, contestaron la demanda. Manifestaron que algunos hechos eran ciertos y que otros eran apreciaciones subjetivas del actor. Se opusieron a cada una de las pretensiones.

Propusieron la excepción que denominó "*la elección del Dr. Juan Manuel Santos Calderón y del Doctor Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República en la segunda vuelta electoral, cumplió con la mayoría relativa de votos exigida por el artículo 190 de la Constitución Política y el artículo 191 del Código Electoral, por las razones expuestas en el acápite precedente*".

En síntesis, los demandados formularon los siguientes argumentos de defensa:

a) que el actor interpretó de manera equivocada el artículo 190 de la Constitución Política y el artículo 191 del Código Electoral, pues contrario a la mayoría absoluta que se exige en la primera vuelta de las elecciones presidenciales, en la segunda vuelta se requiere una "*mayoría relativa de los sufragios, esto es, que el número de votos depositados por la fórmula ganadora sea superior a aquellos obtenidos por la otra con la cual compete*".

Que en las elecciones que tuvieron lugar el día 15 de junio de 2014, la fórmula compuesta por los doctores Santos Calderón y Vargas Lleras obtuvieron 7.389.342 votos, mientras que la otra candidatura alcanzó la cifra de 6.971.001 votos, razón por la cual es evidente que los elegidos obtuvieron la mayoría relativa que exige el artículo 190 de la Constitución Política en la segunda vuelta presidencial.

b) También adujeron que en los términos del artículo 138 del Código Electoral, los votos nulos no tienen ningún efecto jurídico en la medida en que no permiten determinar cuál ha sido la manifestación de la voluntad del elector. En consecuencia, carecen de validez a fin de determinar el cociente electoral o "*el umbral a efectos de ser sumado a algún candidato*".

Que, de igual manera, el artículo 17 de la Ley 163 de 1994 es enfático en señalar que *“...la tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco”*, razón por la cual, al igual que los votos nulos, no son tenidas en cuenta para calcular el umbral o el cociente electoral.

De acuerdo con lo anterior, hizo bien el Consejo Nacional Electoral *“...al no tener en cuenta los votos nulos (401.459) y las tarjetas no marcadas (41.653)...al momento de realizar el escrutinio de los sufragios y determinar cuál de las dos fórmulas había obtenido la mayoría de los votos para la elección de Presidente y Vicepresidente en la segunda vuelta, pues carecían de valor jurídico”*.

c) Por último, pusieron de presente que si bien el voto en blanco produce efectos jurídicos, toda vez que i) es tenido en cuenta para determinar el cociente electoral y ii) porque si es mayoría en las elecciones para corporaciones públicas o para cargos unipersonales (incluidas la primera vuelta presidencial), estas deben repetirse por una vez, es lo cierto que *“además de ser tenidos en cuenta para el escrutinio, no tienen ningún otro efecto o consecuencia jurídica en la segunda vuelta presidencial.”*

Que incluso, en caso de llegar a aceptar la absurda tesis de que era necesario que los candidatos obtuviesen la mayoría de los votos válidos (incluyendo los votos en blanco), en el subexamine es claro que los demandados obtuvieron la mitad más uno de dichos votos válidos.

Trámite en única instancia

-Mediante auto de ponente del 13 de agosto de 2014 se rechazó la demanda bajo el argumento de que lo planteado por el actor no constituía una causal de posible vicio de nulidad que ameritara darle inicio al proceso y tramitarlo.

Al efecto, se indicó que *“(...) el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política determina con meridiana claridad que en la segunda vuelta alcanza la elección el candidato que simplemente consiga el mayor número de votos por él depositados. Así de directo, claro y sencillo. (...)”*.

**De acuerdo con lo anterior, concluyó que “(...) no caben en ello disquisiciones que pretendan introducir al perentorio mandato Superior otras consideraciones ajenas a la precisa noción en él contemplada.”<sup>2</sup>**

-Esa decisión, en sede de recurso de súplica, fue revocada por los demás integrantes de la Sala en providencia del 3 de septiembre del mismo año. En dicho auto, en síntesis se dijo:

*“(...) la Sala precisa que dicho argumento no hace referencia a un defecto de la demanda de tipo sustancial como para aceptar que la consecuencia*

*es el rechazo de plano de la demanda, pues no tiene que ver con temas como la caducidad de la acción, ni con la jurisdicción o competencia y tampoco con la naturaleza jurídica del acto acusado. Por el contrario, se trata de una anomalía de tipo formal, dado que lo que revela es una inadecuada formulación del cargo en el cual se sustenta la demanda.*

*Así las cosas la demanda ha debido manejarse bajo lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3º del CPACA que dice: “Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.”. Es decir, que el rechazo de plano de la demanda no procedía como medida de inmediata aplicación en este caso, ya que previamente se le ha debido conceder al accionante la oportunidad de subsanar la deficiencia que registraba el capítulo de pretensiones, y solamente en el caso de que no lo hiciera abí sí proceder al rechazo, lo que por no haberse manejado así en el auto recurrido da pie a acoger la súplica en esta parte.*

*Lo anterior, de no ser así, implicaría que el juez electoral anticipe el estudio de fondo del asunto puesto a su consideración y adopte desde el inicio de las actuaciones en sede jurisdiccional, el sentido de la decisión que debe adoptar en la respectiva sentencia de instancia, circunstancia que de presentarse pretermitiría las instancias y desconocería el derecho de acceso a la administración de justicia, como acertadamente lo indicó el recurrente.*

-Mediante auto del 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<sup>3</sup>.

-El demandante en el escrito de corrección adujo que no era necesario el agotamiento del citado requisito. A su vez precisó que las pretensiones de la demanda son las siguientes:

*“Se solicita la nulidad de los apartes demandados, descritos en los puntos 1.1.1.1, 1.2.1 y 7.1.1 de esta 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.*

*Se solicita 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.*

*Se solicita se ordene al Gobierno Nacional o al órgano competente convocar a nuevas elecciones para*

<sup>2</sup> Folio 49 del expediente.

<sup>3</sup> Folio 76-79.

*subsanan la segunda vuelta presidencial fallida de junio 15 de 2014".*

-Ante la citada renuencia de cumplir con el requisito de procedibilidad, en auto de ponente del 14 de noviembre de 2014, nuevamente se rechazó la demanda<sup>4</sup>.

-Mediante auto del 15 de diciembre de 2014, se revocó la citada decisión y se ordenó proveer sobre la admisión<sup>5</sup>. En concreto, como sustento de esa decisión se manifestó:

*"(...) Para fundamentar su demanda, aludió que de acuerdo con las previsiones de los artículos 190 de la Constitución y 191 del Decreto 2241 de 1986 no podía declararse la elección de los demandados, pues la votación que obtuvieron no representó a la mayoría de las personas que acudieron a las urnas en la segunda vuelta, toda vez que fue superior la votación que recibió la otra fórmula de candidatos a Presidencia y Vicepresidencia sumada a los votos en blanco, votos nulos y tarjetas no marcadas.*

*Sobre la causal de nulidad del numeral 4º del artículo 275 del CPACA, relativa a que "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", esta Sala advierte que allí se conjugan el sistema de representación proporcional y el sistema de mayorías.*

*Lo anterior hace referencia a la forma o al método constitucional o legalmente previsto para asignar o distribuir las curules o cargos en las corporaciones públicas de elección popular (curules) y en los demás cuerpos colegiados que no se integran por el voto popular sino en virtud a la elección o designación que se hace por ciertas autoridades públicas o fuerzas vivas de la sociedad o institucionalidad (cargos), como sería el caso de los Consejos Directivos de las Universidades Oficiales o del Consejo Nacional Electoral.*

*Es por lo anterior que no puede considerarse que cuando el numeral 4º del artículo 275 en cita se refiere a los "cargos por proveer", aquello tenga aplicación a cargos unipersonales ya que la causal parte de la base de que hay más de un cargo o curul por proveer.*

*En efecto, en el caso de la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, el pueblo no es convocado a votar para proveer un cargo en concreto sino que, por el contrario, la cita democrática es para elegir una "fórmula presidencial", compuesta por Presidente y Vicepresidente.*

*En esa medida, bajo las precisas circunstancias del cargo de nulidad que se formula contra la Resolución No. 2202 del 19 de junio de 2014, que declaró electos a los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, la mencionada causal de nulidad no es aplicable.*

*Por tal motivo, y al no tratarse de una de las causales de nulidad que exigen el agotamiento previo del requisito de procedibilidad contemplado en el numeral 6 del artículo 161 del CPACA, no puede exigirse al demandante que cumpla con dicha carga.*

*Además, para la Sala es evidente que, en tratándose de la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 275 del CPACA, el agotamiento del requisito de procedibilidad se torna imposible cuando la asignación de curules se efectúa en el mismo acto de elección, toda vez que las normas<sup>6</sup> exigen que esto ocurra antes de su declaratoria y aquella es concomitante a la aplicación del respectivo sistema electoral establecido al efecto por la Constitución o la Ley".*

-En providencia de la Sala del 12 de febrero de 2015<sup>7</sup> se admitió la demanda, se negó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección demandado y se ordenaron las notificaciones del caso.

-El día 5 de agosto de 2015 se celebró la audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se señaló que no existía irregularidad alguna que afectara el proceso, se fijó el litigio y se negaron y decretaron las pruebas<sup>8</sup>.

Asimismo se precisó que la única excepción<sup>9</sup> que propuso el apoderado de los demandados, en realidad "constituía un argumento de defensa, que no estructuraba el medio exceptivo, por cuanto precisamente uno de los problemas jurídicos sobre los que se debe fallar es el de si la declaratoria de elección de los demandados se hizo conforme a la mayoría que exigen el artículo 190 de la Constitución y el artículo 191 del Código Electoral".

## 6. Alegatos de conclusión

### -Del demandante

El señor Humberto de Jesús Longas Londoño, mediante escrito que figura a folios 299-312, se ratificó en los argumentos que sustentaron la demanda.

<sup>6</sup> Constitución Política, artículo 237, Parágrafo y CPACA, artículo 161.6.

<sup>7</sup> Folios 140-146.

<sup>8</sup> Folios 234-246.

<sup>9</sup> Que denominó "La elección del Doctor Juan Manuel Santos Calderón y del Doctor Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República en la segunda vuelta electoral, cumplió con la mayoría relativa de votos exigida por el artículo 190 de la Constitución Política y el artículo 191 del Código Electoral, por las razones expuestas en el acápite precedente".

<sup>4</sup> Folios 112-119.

<sup>5</sup> Folios 132-135.

**-De los demandados**

El apoderado judicial de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras, en memorial que obra a folios 319-327, reiteró las razones de defensa que expuso en la contestación de la demanda.

**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 las reglas de las mayorías de que trate el artículo 190 de la Constitución Política, dentro del trámite de la segunda vuelta presidencial, "debe ser interpretada única y exclusivamente conforme con el criterio que ineludiblemente el Constituyente Primario dispuso una regla consistente en la mayoría simple aplicable a los dos candidatos que hayan tenido las mayores votaciones en primera vuelta, pues la mayoría simple absoluta solamente es predicable de la primera vuelta para la elección presidencial, no así para la segunda".*

*-Dentro de ese contexto, a su juicio, el planteamiento del actor carece de toda lógica, pues sería necesario repetir las elecciones presidenciales en una tercera, cuarta o quinta vuelta hasta que alguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta, lo cual, se reitera, no es necesario en segunda instancia, pues únicamente se requiere de una mayoría simple entre las dos fórmulas que accedieron a dicha instancia.*

*-Aunado a lo anterior, manifestó que los votos nulos y las tarjetas no marcadas carecen de efectos jurídicos y, por ende, no podían ser tenidos en cuenta para determinar la mayoría que se requería a fin de declarar la correspondiente elección.*

*-Que aunque el voto en blanco sí debe considerarse a efectos de establecer la totalidad de votos válidos, es lo cierto que la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 2015 estableció que en lo que tiene que ver con las elecciones presidenciales, este "solamente aplica y opera para la primera vuelta presidencial, pues es claro que el querer del constituyente colombiano es que mediante la mayoría simple sea declarada y sin más intentos la elección del Presidente en segunda vuelta, no pueden haber más elecciones".*

*-Asimismo, manifestó que los votos blancos no pueden sumarse a ninguna de las dos candidaturas que siguen en contienda en segunda vuelta, toda vez que "...ese no es el sentir de los votantes, de ser así hubieren votado expresamente" por alguno de las fórmulas presidenciales.*

*-Concluyó que en el sub examine los demandados obtuvieron la mayor votación 7.839.342, mientras que los doctores Oscar Iván Zuluaga y Carlos Holmes Trujillo alcanzaron una cifra de 6.917.001.*

**I. CONSIDERACIONES****1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA<sup>10</sup>, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, periodo 2014-2018.

**2. El acto acusado**

Es la Resolución N° 2202 de junio 19 de 2014, notificada en estrados en junio 19 de 2014, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral (CNE) declaró elegidos a los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, para el periodo 2014-2018<sup>11</sup>.

**3. Problema jurídico a resolver y forma de abordarlo**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar "*...si es nulo el acto que contiene la declaratoria de elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de Colombia, por el periodo 2014-2018, por vulnerar los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral, al haberse proferido desconociendo que esta fórmula no obtuvo "el mayor número de votos" ni "la mayoría de los sufragios" que se exige en esas disposiciones, la una de carácter constitucional y la otra de carácter legal, estableciendo que este acto es el que sobreviene a los resultados de las votaciones de la segunda vuelta presidencial*".

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<sup>12</sup>, 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 analizará: (i) La elección del Presidente y del Vicepresidente en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) El significado de la expresión "mayoría" y sus acepciones en el sistema electoral colombiano; (iii) la connotación de tales concepciones

<sup>10</sup> "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)

<sup>11</sup> Folios 27-31.

<sup>12</sup> Según los términos en que se efectuó la fijación del litigio en la audiencia inicial que se llevó a cabo el día 5 de agosto de 2015.

en las expresiones "el mayor número de votos" y "la mayoría de los sufragios" contenidas en los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral (iv) El caso concreto.

### 3.1. La elección del Presidente y del Vicepresidente en el ordenamiento jurídico colombiano

Las normas que regulan la elección del Presidente y del Vicepresidente de la República están contenidas principalmente en la Constitución Política, en el Código Electoral (en lo pertinente)<sup>13</sup> y en las Leyes 996 de 2005<sup>14</sup> y 1475 de 2011<sup>15</sup>.

Del artículo 190 de la Constitución Política se desprende que la elección de la fórmula presidencial<sup>16</sup> se puede hacer en una o en dos vueltas, dependiendo de si se cumple o no el requisito de mayoría previsto en esa norma, cuyo primer inciso es del siguiente tenor:

*"Artículo 190. El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por 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. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.  
(...)"*

Es claro que el citado inciso establece un tipo mayoría diferente para cada vuelta, a fin de que se declare la correspondiente elección.

En efecto, para resultar electo en la primera vuelta se requiere obtener "la mitad más uno de los votos" depositados. Si

ninguno obtiene esa votación, se realiza una segunda vuelta en la que participarán los dos candidatos que hubieren obtenido en la primera vuelta "las más altas votaciones".

En cambio, en la segunda vuelta será declarado Presidente y Vicepresidente "quien obtenga el mayor número de votos", aspecto sobre el cual se profundizará en el siguiente acápite.

Por su parte, el artículo 8º de la Ley 996 de 2005 establece que la inscripción de los candidatos a la Presidencia de la República -con su respectiva fórmula vicepresidencial- se iniciará con cuatro (4) meses de anterioridad a la fecha de votación de la primera vuelta de la elección presidencial y se podrá adelantar durante los 30 días siguientes<sup>17</sup>. Que, asimismo, las inscripciones podrán modificarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de cierre de la inscripción<sup>18</sup>.

Terminada la jornada de votación se inicia el escrutinio respectivo a cargo de las comisiones escrutadoras distritales, municipales y auxiliares, el cual tiene lugar hasta las doce de la noche de ese día. En caso de que para esa hora no haya podido terminarse el escrutinio, la respectiva audiencia continuará al día siguiente entre las nueve de la mañana (9:00 a.m.) y las nueve de la noche (9:00 p.m.), y así sucesivamente de ser necesario, hasta terminar el escrutinio.

Una vez finaliza el escrutinio de mesa y leídos los resultados, las personas autorizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil escanean las actas para ser publicadas en la página web de la entidad, entregando una copia de las actas a los testigos electorales<sup>19</sup>.

Los escrutinios generales los realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del martes siguiente a las elecciones, en la capital de cada Departamento.

El escrutinio se adelanta en sesión permanente, y comprende toda la votación nacional para Presidente y Vicepresidente, y de la depositada por los colombianos residentes en el exterior, con base en los documentos electorales pertinentes.

Son funciones específicas del Consejo Nacional Electoral en estas elecciones, conocer de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de sus delegados; resolver las discrepancias existentes entre sus delegados y declarar la elección en audiencia pública, expidiendo las respectivas

13 Para cuando se expidió el Código Electoral, contenido en el Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 no existía en Colombia la figura del Vicepresidente, la cual volvió a introducirse con la Constitución Política de 1991, luego de que fuese suprimida en la reforma constitucional del año 1910.

14 "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".

15 "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"

16 En lo que tiene que ver con el Vicepresidente de la República el artículo 202 de la Constitución Política señala que: "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, aún 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.

17 Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido que cuando los partidos o movimientos políticos opten por escoger candidatos de conformidad con el inciso tercero del artículo 107 de la Constitución, se aplicará para la inscripción del candidato, el término consagrado en las normas electorales vigentes contado a partir del día de la elección de miembros del Congreso de la República.

18 En este punto es importante señalar que si el Presidente aspira a ser reelegido o el Vicepresidente a ser elegido Presidente, así deberán declararlo públicamente seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta, radicando además un escrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil dando cuenta de esa aspiración (artículo 9º Ley 996 de 2005..

19 Artículos 41 y 44 de la Ley 1475 de 2011.

credenciales. La declaratoria de elección se la comunicará al Congreso de la República, al Gobierno y a los ciudadanos electos<sup>20</sup>.

### 3.2. El significado de la expresión “mayoría” y sus acepciones en el sistema electoral colombiano

La Sección Quinta del Consejo de Estado, al decidir la demanda de nulidad contra las elecciones para el Parlamento Andino en el período 2010-2014, pues los entonces demandantes consideraban que el voto en blanco había obtenido la mayoría y que, por ende, debían repetirse los comicios, se refirió al concepto de mayoría en los siguientes términos:

*(...) Esta Sala considera importante subrayar que, en su entender, el vocablo **mayoría**, ya se trate de simple o absoluta, hace referencia a una votación mínima -la mitad más uno- que se debe obtener para lograr el efecto jurídico correspondiente. La diferencia entre una y otra radica en el **parámetro** que se establece para su determinación.*

*Un ejemplo de este aserto son los distintos preceptos constitucionales que se refieren a una y otra mayoría en referencia a las votaciones que se deben surtir en los órganos colegiados, específicamente, los de elección popular. Así, la alusión a una mayoría absoluta tiene como parámetro la totalidad de los **miembros de la respectiva corporación**. Por su parte, la mayoría simple u ordinaria tiene otro parámetro, la **mitad más uno de los asistentes a la respectiva sesión**<sup>21</sup>.*

<sup>20</sup> Artículos 187 a 190 del Código Electoral.

<sup>21</sup> Sobre el particular se pueden revisar las normas constitucionales que fijan las reglas de las mayorías para la adopción de las decisiones en el Congreso de la República. Así, por ejemplo, el artículo 135 numeral 9 de la Constitución Política, relativo a la facultad de cada cámara del Congreso de la República de proponer moción de censura respecto de los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos, preceptúa que “su aprobación requerirá el **voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes** de la Cámara que lo haya propuesto”, haciendo clara alusión a la mayoría absoluta dentro del Senado o la Cámara de Representantes, según sea quien haya propuesto la moción de censura.

De igual manera, el artículo 150 superior, que consagra las funciones del Congreso, establece, por ejemplo, en su numeral 10, que faculta a dicho órgano a revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley; y dispone, como regla de mayoría para su aprobación, “la **mayoría absoluta de los miembros** de una y otra Cámara”.

También en los artículos 151 y 153 del Texto Superior, se exige mayoría absoluta. En el primero de estos, en el que se hace referencia a la facultad del órgano legislativo nacional para expedir leyes orgánicas, se establece que para su aprobación, se requerirá “la **mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara**”. En el caso del artículo 153, se requiere, asimismo, para la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias, “la **mayoría absoluta de los miembros del Congreso**”.

Por contraposición, la mayoría simple, si bien se alcanza igualmente con un mínimo de la mitad más uno, cuenta con otro estándar respecto del cual se configura. La mayoría simple, pues, no requiere que el cómputo se haga sobre todos los miembros de la corporación, sino sólo en relación con los presentes, es decir, quienes, efectivamente, participen en la decisión sobre el asunto bajo consideración. Ejemplo de este tipo de mayoría, que también ha sido denominada mayoría ordinaria, se encuentra en el artículo 146 de la Constitución, en el que se establece como regla general para la

*Otro tipo de mayoría es la denominada **cualificada**, que requiere un porcentaje de votos diverso a la simple y la absoluta para la adopción de una decisión, como puede ser, dos tercios, o tres quintos de los votos. Ejemplo de esta es la mayoría que se exige en el artículo 150, numeral 17, de la Carta, que otorga al Congreso la facultad de conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, para lo cual se requiere la aprobación “por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara”. En este caso, nuevamente, el parámetro lo constituye el número de miembros de una y otra corporación y no los asistentes a la sesión correspondiente.*

*Fuera de las anteriores mayorías, existe otra que se **llama relativa** y que, según el Diccionario de la Real Academia Española, es aquella “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”. Ejemplos de esta mayoría es la que se exige para la elección de alcaldes, gobernadores y **Presidente de la República en segunda vuelta**. Otro ejemplo lo constituye la mayoría que contenía el proyecto de ley estatutaria analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 y declarada inexecutable por contravenir el parámetro estipulado por la Carta de 1991, con la reforma del Acto Legislativo N° 1 de 2009. En efecto, en dicho proyecto se consagraba que “cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”.*

*El señalamiento de reglas claras en la adopción de cualquier decisión es fundamental para el desarrollo adecuado de la institucionalidad.<sup>22</sup>*

(...)

*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 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,*

toma de decisiones en el Congreso una mayoría simple u ordinaria, en tanto se requiere “la **mayoría de los votos de los asistentes**, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”. Asimismo, para la elección del Presidente de la República, se exige una mayoría simple, pues se requiere “la **mitad más uno de los votos**” que sean depositados en las urnas.

<sup>22</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencias, C-194 y T-569 de 2011; T-760 de 2008; T-726 de 2005; T-488 de 2010 y T-699 de 1996, entre otras.

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, por las razones que pasan a explicarse:

i) Es cierto que el Constituyente derivado manifestó su interés de modificar el artículo 258 en cuanto a los requisitos para que el voto en blanco pudiera anular una elección, sin embargo, ese querer no quedó reflejado en la redacción del texto de la reforma, pues en realidad lo único que hizo fue eliminar el adjetivo "absoluto" sin introducir cambio alguno al parámetro a partir del cual esa nueva mayoría debería ser tomada, cuando lo que ha debido ser objeto de modificación era precisamente este elemento. En consecuencia, antes y después de la reforma de 2009, existe un mismo parámetro para determinar la mayoría que se requiere para la anulación de unas elecciones por el ejercicio del voto en blanco, y este no es otro que: **el total de los votos válidos depositados en los respetivos comicios**. Se trata así, de una mayoría simple que se mide respecto de la totalidad de los votos válidos. (...)

La interpretación de la norma constitucional que prohija esta Sala busca hacer efectivo el principio de

tutela efectiva de los derechos de las minorías que, como lo señala Paolo Biscaretti di Ruffia, "suelen organizarse concretamente en una multiplicidad de partidos políticos [...] dando origen así a variados sistemas de pluripartidismo"<sup>23</sup>. En este caso, la Sala busca privilegiar las votaciones que recibieron todos los partidos, grupos y movimientos que se presentaron a la contienda (...).

En otros términos, de aceptarse la interpretación que se plantea en la demanda, se estaría privilegiando a una minoría, en este caso, aquella que no estaba conforme con las listas propuestas, frente a unas mayorías que optaron por una determinada opción"<sup>24</sup>.

Esa postura se reiteró en reciente pronunciamiento del 17 de septiembre de 2015<sup>25</sup>, mediante el cual se negó la demanda de nulidad que se interpuso 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".

En concreto, en dicha sentencia se dijo:

"(...) En efecto, en sentencia de 9 de marzo de 2012<sup>26</sup>, 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, 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

23 Paolo Biscaretti Di Ruffia "La introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las Formas de Gobierno", Fondo de Cultura Económica. Reimpresión Colombiana 1997, pág. 122 y 123.

24 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo de 2012, rad. 11001-03-28-000-2010-00029-00 y 11001-03-28-000-2010-00034-00 (acumulados), Demandados: Representantes por Colombia al Parlamento Andino 2010-2014, M.P.: Alberto Yepes Barreiro.

25 Exp. 2014-00100. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

26 Expediente 11001032800020100002900. Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada y otros.

**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 doctrina<sup>27</sup> 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 blanco<sup>28</sup>. 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 tachá en ninguna casilla y no se contabiliza como voto en blanco.

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

parágrafo 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 mayoría<sup>29</sup> que se requería”.

### 3.3.- La connotación de tales concepciones en las expresiones “el mayor número de votos” y “la mayoría de los sufragios” contenidas en los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral

Las normas que el demandante considera desconocidas por el acto acusado, son las siguientes:

De la Constitución Política:

**“Artículo 190.** El Presidente de la República será elegido para un periodo de cuatro años, por 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. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.

En caso de muerte o incapacidad física permanente de alguno de los dos candidatos con mayoría de votos, su partido o movimiento político podrá inscribir un nuevo candidato para la segunda vuelta. Si no lo hace o si la falta obedece a otra causa, lo reemplazará quien hubiese obtenido la tercera votación; y así en forma sucesiva y en orden descendente.

Si la falta se produjese con antelación menor a dos semanas de la segunda vuelta, esta se aplazará por quince días”.

Del Código Electoral:

27 (Nota al pie en el texto original: Para una completa reseña sobre la evolución normativa del voto en blanco en Colombia, véase Omar Joaquín Barreto Suárez, Derecho Electoral Colombiano: La Actuación Administrativa, Editorial Universidad del Rosario, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.).

28 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).

29 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 parágrafo 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.

*"Artículo 191. Terminado el escrutinio para Presidente de la República el cual se hará en sesión permanente, sus resultados se publicarán en el acto.*

*El Consejo Nacional Electoral declarará la elección del candidato que hubiere obtenido la mayoría de los sufragios y el Presidente de la Corporación lo comunicará así al Congreso, al Gobierno y al ciudadano electo.*

De acuerdo con lo anterior, como bien lo pone de presente el agente del Ministerio Público, es evidente que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se implementó un sistema de elección presidencial "calificado o de dos vueltas", que difiere sustancialmente del que preveía el Código Electoral en la citada norma.

En este nuevo sistema es claro que una vez el Consejo Nacional Electoral ha realizado el escrutinio de los votos en la primera vuelta, debe declarar la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, siempre y cuando los correspondientes candidatos hayan obtenido la mayoría absoluta de los votos de los ciudadanos, es decir, la mitad más uno. Sólo en caso de que ninguna de las fórmulas obtenga dicha mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta en la que se presentarán las dos candidaturas que hayan obtenido las más altas votaciones, de las cuales ganará la que obtenga el mayor número de votos.

En el presente caso, el actor considera que no podía declararse la elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República para el período 2014-2018 respectivamente, "...toda vez que la suma de los votos obtenidos por Oscar Iván Zuluaga y Carlos Holmes Trujillo, más los votos en blanco, los votos nulos y las tarjetas no marcadas, suman un total de 7-978.872, es decir la mayoría absoluta".

Empero, se anticipa, a juicio de la Sala, tal argumento no es de recibo, pues, se reitera, el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política determina con meridiana claridad que en la segunda vuelta resultará electo el candidato que simplemente consiga el mayor número de votos por él depositados. Tal normativa constitucional no está sometida a consideraciones adicionales o a conceptos ajenos, como erróneamente entiende el demandante.

**En otras palabras, esa mayoría relativa "es aquella 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", que es precisamente la situación que se da en la elección del Presidente de la República y Vicepresidente de la República en segunda vuelta.**

### 3.4. El caso concreto

De conformidad con el problema jurídico que se planteó en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el acto

demandado se expidió infringiendo los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral, al desconocer que la fórmula ganadora no obtuvo "el mayor número de votos" ni "la mayoría de los sufragios" que, a juicio del actor, se exige en esas disposiciones.

De acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, la Sala pone de presente que en el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política están inmersas dos clases de mayorías: una absoluta y la otra relativa.

La absoluta se aplica en la primera vuelta y exige para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República, haber obtenido "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".

En este evento sí se requiere que los candidatos obtengan la mitad más uno de los votos, respecto de toda la votación válida: es decir, los votos obtenidos por todos los candidatos, los votos depositados tan sólo por las listas y los votos en blanco.

Todos esos votos se suman y si el candidato a Presidente obtuvo la mitad más uno de esa sumatoria, resultará electo como tal. Por ejemplo, si toda la votación válida fue de 10'000.000, la fórmula Presidencial que en primera vuelta obtenga 5'000.001 sería la que debería declararse ganadora y, en consecuencia, sus respectivos candidatos serían electos como Presidente y Vicepresidente de la República.

En cambio **la mayoría relativa** se aplicará en los eventos en que deba adelantarse segunda vuelta, reservada para las dos candidaturas que en la primera vuelta obtuvieron "las más altas votaciones", sin que hubiesen llegado a obtener una mayoría absoluta. En este caso, el artículo 190 constitucional en la parte final del inciso primero solamente exige que en las votaciones de la segunda vuelta el candidato logre "**el mayor número de votos**", para ser elegido Presidente de la República.

En el ejemplo de los 10'000.000 de votos, si se estuviese en la segunda vuelta, **no** se requiere para ser declarado electo, que se obtengan 5'000.001. Es decir, **no** es exigible que la votación del ganador haya superado en el 50% a la sumatoria de toda la votación válida, sino que basta con obtener la "mayor votación", o sea, haber obtenido "más votos" que el otro candidato.

A juicio de la Sala, en concordancia con lo expuesto por el agente del Ministerio Público, no resulta lógico entender que en la segunda vuelta se exija que a fin de que se declare la respectiva elección el candidato deba obtener la mitad más uno de todos los votos válidos, pues tal interpretación implicaría que en caso de que no se logre esa mayoría absoluta debería repetirse la elección cuantas veces sea necesario, lo cual desconoce el verdadero contenido del artículo 190 constitucional.

Debe recordarse que el hecho de que la referida norma constitucional expresamente señale que a la segunda vuelta sólo acudirán las dos "más altas votaciones", denota la intención

del constituyente primario de que precisamente la regla de la mayoría relativa se aplique a dichas candidaturas a fin de que entre ellas se escoja de manera definitiva el Presidente y Vicepresidente de la República.

Aunado a lo anterior, la Sala aprovecha esta oportunidad para recordar que según los artículos 137 y 138 del Código Electoral y 17 de la Ley 163 de 1994, los votos nulos y las tarjetas no marcadas carecen de valor jurídico y, por ende, no tienen la potencialidad de influir en la determinación de la mayoría, como equívocamente pretende el actor. De los votos inválidos y de las tarjetas marcadas obviamente no es posible establecer la voluntad del elector y, por consiguiente, no están llamados a computarse en la respectiva elección.

Ahora bien, esta Sala, como en otras ocasiones, reconoce la importancia de la figura del voto en blanco como *“una forma de participar en política y expresar inconformismo frente a las candidaturas de una determinada contienda electoral. Así como el voto se utiliza, en general, para apoyar la apoyar la opción política de la preferencia, el voto en blanco constituye otra opción política, que rechaza el acceso a un cargo público de quienes han presentado como candidatos. En ese sentido, es un acto de participación política, pues implica concurrir en 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”*.<sup>30</sup>

Empero, es importante aclarar que aunque el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política, establece que en las elecciones en las cuales *“los votos en blanco constituyan mayoría”* deberá repetirse por una sola vez la votación, dicha disposición **no es aplicable** al presente asunto, pues esta se refiere *“(...) a la elección de miembros de una Corporación Pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales (...)”*, mas no a la segunda vuelta para la elección de Presidente, que es lo que se debate en el presente proceso.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala, hizo bien el Consejo Nacional Electoral al aplicar la regla de la mayoría relativa en la Resolución No. 2202 de 2014 y, en consecuencia, declarar que la fórmula ganadora de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras obtuvo 7.839.342 votos, la candidatura de los doctores Oscar Iván Zuluaga y Carlos Holmes Trujillo alcanzó un total de 6.971.000 votos, que los votos en blanco ascendieron a 618.759, con lo cual los votos válidos fueron un total de 15.375.102.

No cabe la menor duda de que los demandados obtuvieron la mayoría que contempla el artículo 190 de la Constitución Política respecto de la segunda vuelta de las presidenciales y, por tanto, debían ser declarados electos Presidente y Vicepresidente de la República respectivamente, para el período 2014-2018.

Por consiguiente, según lo expuesto, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

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 Humberto De Jesús Longas Londoño contra la elección de los doctores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, 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

**Rocío Araujo Oñate**

Consejero de Estado

(Ausente con excusa)

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 2015.

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra fallo que declaró la nulidad de la elección de la rectora del Colegio Mayor del Cauca / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA - Probada por cuanto ya se había declarado la nulidad del acto demandado**

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia a quo, que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca por encontrarse inhabilitada, debe confirmarse o si, por el contrario, procede su revocatoria. Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca para el periodo 2014-2018. Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine, se tiene lo siguiente: - De acuerdo con lo dicho en el acápite de antecedentes procesales, es claro que contra la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora del Colegio Mayor del Cauca, a la par del presente proceso, también se adelantó otro que se identificó con el número 2015-00044. - Que, dentro del proceso electoral No. 2015-00044, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 12 de junio de 2015, declaró la nulidad del acto acusado. - Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo mediante fallo del 24 de septiembre de 2015. - Por otra parte, mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de electoral No. 2009-00043, Dte. Luis Guillermo Céspedes, nuevamente declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018.

Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que: a) Tanto en el proceso electoral No. 2014-00044, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 12 de junio y del 24 de septiembre de 2015, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la demanda recae sobre el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Es decir, existe identidad de objeto. b) Que la sentencia anulatoria de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra debidamente ejecutoriada, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (material) y, por tanto, el asunto en ella debatido no puede ser nuevamente objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción. Esto es, la sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos y, por consiguiente, es oponible a todos, haya o no intervenido en el proceso, pues la nulidad decretada, se reitera, tiene efectos erga omnes. A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 24 de septiembre de 2015 de esta Corporación es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la sentencia del 12 de junio de 2015 en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014, por el cual se designó a la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala,

en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 187 inciso segundo del CPACA y el artículo 282 del Código General del Proceso, estime que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada. Por lo expuesto, como se anticipó, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, de oficio, se declarará probada la excepción de cosa juzgada material.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Luis Guillermo Céspedes

Demandada: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a pronunciarse sobre los recursos de apelación que formularon la demandada y la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca contra la sentencia del 3 de agosto de 2015 del Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la citada institución.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El señor Gustavo Adolfo Sánchez, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral en contra del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo, como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, para el periodo 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

"Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

*La nulidad del Acuerdo No. 033 de 11 de diciembre de 2014 emitido por el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, "Por el cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018.*

*1. La nulidad del Acta No. 08 de 11 de diciembre de 2014 del Consejo Directivo en la que se tomó la decisión de nombrar en el cargo de Rectora a la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo.*

*2. En consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo,*

*como Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca”.*

## 2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

-El consejo directivo de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca sesionó el 11 de diciembre de 2014, día en el que se realizó la votación y elección del rector de esa institución para el periodo 2014-2018.

-La señora Paola Andrea Umaña Aedo, quien resultó elegida, hizo parte del consejo directivo de la institución en cuestión, pues era la representante del sector académico.

-Que solo tres meses antes de la elección, presentó su respectiva renuncia como representante ante el consejo directivo y, por consiguiente, procedió con su pre-inscripción como candidata a la rectoría el día 30 de octubre de 2014.

-Según el actor, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y el artículo 14 de los estatutos del Colegio Mayor del Cauca, la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo se encontraba inhabilitada, pues hizo parte del consejo directivo hasta dos meses antes de la elección.

-Puso de presente que el 4 de noviembre de 2014 se reunió el comité de verificación y acreditación de los participantes inscritos, pero no hubo pronunciamiento sobre las inhabilidades e incompatibilidades que pudieran recaer sobre los miembros del consejo directivo, análisis que era necesario, pues la candidata Paola Umaña Aedo había pertenecido a ese consejo, en tanto ellas se extienden al proceso de elección de rector, tal como lo dispone la Ley 30 de 1992<sup>1</sup>

-Manifestó que el 25 de septiembre de 2014, un ciudadano (no especifica el nombre) informó al consejo directivo que la señora Umaña Aedo estaba inhabilitada para ser elegida como rectora pues estaba incurso en la causal que prevé el artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

-Sobre el particular, la demandada se pronunció en el sentido de señalar que la prohibición que prevé dicha norma sólo se predica respecto de la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios profesionales.

-Por su parte, el delegado del Ministerio de Educación concluyó que en la medida en que la señora Paola Umaña Aedo perteneció al consejo directivo de la institución se encontraba cobijada por la referida inhabilidad. Que, por esa razón, su postulación era irregular.

- A pesar de lo anterior, se continuó con el proceso de elección, resultando a la final elegida la ingeniera Umaña Aedo por cuatro votos frente a los tres que obtuvo el actor.

## 3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 275-5 de la Constitución Política.
- El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

En síntesis, el actor aduce que se desconoció el principio de igualdad que debe regir los procesos democráticos, toda vez que hasta tres meses antes de la elección la demanda pertenecía al consejo directivo de la Institución Colegio Mayor del Cauca, el cual fue precisamente el que fijó las reglas del proceso y las condiciones que debían observarse a fin de resultar electo como rector.

Que en ese orden de ideas la señora Umaña Aedo estaba impedida para postularse como candidata, máxime si se tiene en cuenta que el día de las elecciones aún se desempeñaba como auxiliar administrativa del decano (antes había sido vicerrectora y aspirante a la rectoría).

También sostiene que el Colegio Mayor del Cauca es un establecimiento público del orden departamental (no un ente universitario autónomo) y, por ende, le es aplicable la Ley 489 de 1998, en especial a lo que el régimen de inhabilidades atañe.

De conformidad con el artículo 79 de la Ley 489 de 1998<sup>2</sup>, en concordancia con el artículo 102 ídem y el artículo 14 del estatuto general del Colegio Mayor del Cauca, el régimen de inhabilidades respecto de dicha institución se encuentra contenido en el Decreto 182 de 1976.

En concreto, el artículo 10 de la referida norma señala que “... los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que bagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece”.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> “Artículo 79. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan”.

Que en el caso concreto, es evidente que la señora Paola Andrea Umaña Aedo no podía resultar electa como rectora, pues la inhabilidad que se predica de los miembros del consejo directivo de prestar servicios profesionales a la institución mientras permanezcan en el cargo, también se extiende por un año después de aceptada la respectiva renuncia.

En esos términos, es evidente que si la demandada quería ser elegida como rectora debía renunciar a su cargo dentro del consejo directivo con un año de anticipación a la elección, mas no, como en efecto lo hizo, sólo dos meses antes del día que tendría lugar la contienda electoral, pues para esa fecha no había fenecido el término inhabilitante de un año.

Por último, argumenta que la acepción de "prestar servicios profesionales" que contiene el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 cobija tanto las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, así como aquellas que se realicen bajo una forma contractual.

#### 4. Contestaciones de la demanda

##### 4.1 De la señora Paola Andrea Umaña Aedo

La demandada, mediante memorial que obra a folios 273-284 y por intermedio de apoderado, contestó la demanda. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros eran apreciaciones subjetivas del actor. Se opuso a cada una de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

-Puso de presente que el procedimiento para la designación de rector de la institución universitaria se definió por el Acuerdo No. 24 de 9 de octubre de 2014, fecha para la cual la demandada no era parte del consejo directivo, pues renunció el 2 de septiembre de 2014.

-Adujo que si bien el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 estableció una inhabilidad para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas de prestar servicios profesionales durante el respectivo periodo y el año siguiente a su separación del cargo, es lo cierto que la referida prohibición se circunscribe a la celebración de contratos, "sin que pueda extenderse a las vinculaciones legales y reglamentarias o contractuales laborales".

Que, por consiguiente, no es correcto considerar que la demandada se encontraba inhabilitada para ser elegida, puesto que el cargo de rector de la institución universitaria es un empleo público que no constituye una prestación de servicios profesionales.

- A la par de lo anterior, adujo que el contenido de la prohibición que contiene el artículo 10 del Decreto 128 de

1976 se reprodujo integralmente en los literales a) y e) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Que, entonces, es evidente que esta última disposición normativa subrogó la primera y, por ende, no puede predicarse aplicación alguna de una disposición (Decreto 128 de 1976) que ya no está en el ordenamiento jurídico.

-Argumentó que en el presente asunto hubiera sido del caso aplicar el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986, que es la norma especial de carácter departamental, pero que en la medida en que el actor no señaló su desconocimiento como sustento de la demanda, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte del juez de la acción electoral.

-Que, por otro lado, es claro que a los establecimientos públicos departamentales (como la Institución del Colegio Mayor del Cauca) no les resulta aplicable el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, pues esta normativa sólo se predica de las entidades del orden nacional.

##### 4.2 De la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

La Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca contestó la demanda por intermedio de apoderado (folios 248-264.

Propuso las excepciones que denominó: "1.- *Inexistencia de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por cuanto la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, es para la prestación de servicios profesionales, y no para la vinculación legal y reglamentaria; y 2.- Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida integración de la proposición jurídica aplicable al caso; el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a las Entidades Descentralizadas del Orden Departamental es el Decreto 1222 de 1986*".

En síntesis, adujo que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, pues si bien la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, es un establecimiento público de educación superior, incorporado al departamento del Cauca y adscrito al despacho del gobernador mediante ordenanza No. 042 de 2006, la causal que se endilga a la demandada se limita a la prestación de servicios profesionales, es decir, se refiere a los contratos regulados por la Ley 80 de 1993. Por ende, de acuerdo con las reglas de la hermenéutica, no es posible entender que también cobija la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos.

Argumentó que de conformidad con una interpretación restrictiva de la norma la conclusión lógica es que limitación se refiere a "la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la Junta Directiva, lo cual no incluye las vinculaciones laborales y demás situaciones administrativas con personal de carrera", que es lo que sucedió en el presente caso.

Que incluso la postura del actor desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen la administración de justicia, pues conduciría al absurdo *“que no pueda haber reelección de ningún Rector, que por disposición legal pertenecen al Consejo Directivo de la Institución, artículo 64 de la Ley 30 de 1992. Igualmente los representantes de las Directivas Académicas y de los Docentes, estarían inhabilitados no solo para ser Rector, sino contratistas, docentes de medio y/o cátedra al vencimiento de su periodo como miembro del Consejo Directivo”*.

Que, en efecto, la interpretación del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 -que contiene el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los establecimientos públicos que regula la Ley 489 de 1998- conllevaría a que los miembros de los consejos directivos que tengan cualquier tipo de vinculación con la institución universitaria al vencimiento de su periodo deban ser desvinculados y, por ende, afectados en sus derechos de carrera y trabajo.

A juicio de esa institución, el carácter especial de las normas de educación superior impide que al caso concreto se pueda aplicar la reiterada interpretación que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha efectuado en relación con la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 - en el sentido de hacerla extensiva a relaciones contractuales como legales y reglamentarias.

Advirtió que la limitación para la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la junta directiva, *“no incluye las formas en que sea posible proveer cargos de libre nombramiento y remoción o periodo con personal de carrera”*. En el caso concreto, la demandada ocupaba un cargo de carrera administrativa en la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, como docente de tiempo completo, por tanto no se encontraba inhabilitada para ser comisionada para desempeñar un cargo de periodo fijo, a través de una vinculación legal y reglamentaria.

Una prohibición en este sentido desconocería el derecho de acceso a la función pública, razón por la cual la inhabilidad en cuestión debe interpretarse de forma restrictiva y no extensiva o por analogía como erróneamente pretende el demandante.

Por último, consideró que en la medida en que se trata de establecimiento público del orden departamental -con carácter de institución universitaria-, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que lo rige no es el que regula el Decreto 128 de 1976 por la expresa remisión del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, sino que es el contenido en el Decreto 1222 de 1986, *“Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”*, que es la norma especial que se le aplica a esta clase de entidades.

## 5. Trámite en primera instancia

Mediante providencia del 29 de enero de 2015<sup>3</sup>, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso. Asimismo, se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Por auto del 16 de marzo de 2015<sup>4</sup>, se dispuso no decretar la acumulación del proceso de la referencia al proceso identificado con radicación 2014-00044-00, que también se adelantó en contra de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, pues en este la causal de nulidad que se alegaba era de tipo objetivo, mientras que en el presente asunto la demanda se encuentra sustentada en que la señora Umaña Aedo estaba inhabilitada para acceder a dicho cargo, es decir, consiste en una acusación de naturaleza subjetiva.

El día 5 de mayo de ese mismo año se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA<sup>5</sup>. En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el objeto del litigio<sup>6</sup>. En esa misma diligencia se decretaron pruebas, las cuales se practicaron en la audiencia del 3 de junio de 2015 (folios 274-276).

Posteriormente, tuvo lugar la audiencia de alegaciones y juzgamiento el día 22 de julio de 2015<sup>7</sup>.

## 6. Fallo apelado

Mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del acto acusado. Como sustento de esa decisión, en síntesis, expuso:

-Que de conformidad con el artículo 2º del Acuerdo No. 11 de 2008, proferido por el consejo directivo, la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca es un establecimiento público de educación superior del orden departamental, *“incorporado a la estructura administrativa del departamento del Cauca y adscrito al despacho del Gobernador”*. Por tanto, al no ser un ente autónomo universitario, se encuentra sometida al régimen jurídico de los establecimientos públicos contenido en la Ley 489 de 1998 y al régimen de inhabilidades que prevé el Decreto 128 de 1976 y sus normas complementarias.

- Argumentó que el artículo 10º del citado decreto es enfático en señalar que *“...los miembros de las Juntas o Consejos,*

3 Folios 227-235.

4 Folios 244-249.

5 Folios 255-264.

6 El despacho dispone que los problemas jurídicos sean los siguientes: 1.¿Es aplicable el régimen de inhabilidades a incompatibilidades establecidas en el Decreto 1222 de 1986, al caso concreto? 2. ¿Cuáles son las normas que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el rector de la institución universitaria colegio mayor del Cauca? 3. ¿Se encontraba incurso la señora Paola Andrea Umaña Aedo en la inhabilidad contemplada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, para ser elegida rectora de la institución universitaria colegio mayor del Cauca por haber pertenecido al Consejo Directivo que realizó la elección?

7 Folios 317-322.

*durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar servicios profesionales en la entidad en la cual actúan o actuaron...*"

-De acuerdo con lo anterior, "...la institución no podía designar como rectora a la demandada, en razón que la norma establece la prohibición a los miembros del Consejo Directivo de prestar sus servicios profesionales dentro del año siguiente al retiro. Como la elección del rector se produjo mediante Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, y la renuncia al Consejo Directivo de la señora Umaña Aedo como representante de las directivas académicas se produjo el 2 de septiembre de 2014, incurrió en la referida inhabilidad".

-Que a pesar de que se alegó que la inhabilidad en cuestión se circunscribe a la prestación de servicios profesionales y no respecto de la vinculación legal y reglamentaria, es lo cierto que el verbo rector de la prohibición, esto es, prestar servicios profesionales, debe entenderse que se efectúa a través de un vinculación legal o reglamentaria o por una relación contractual, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>8</sup> "...no ha hecho una distinción que permita escindir dichos conceptos".

-Por último, señaló que incluso aplicando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Código de Régimen Político y Departamental, se llegaría a una idéntica conclusión, pues el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986 señala que "...los miembros de las juntas o consejos durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales a la entidad en la cual actúan o actuaron...".

## 7. Apelaciones

### -De la institución Colegio Mayor del Cauca

Por escrito del 11 de agosto de 2015, el secretario general de esta institución apeló la decisión del a quo. En resumen, se ratificó en que:

Si bien "...el Tribunal de instancia acierta en la aplicabilidad del artículo 79 de la Ley 489 de 1998 a los establecimientos públicos del orden departamental y municipal, por virtud de la remisión de que trata el parágrafo 1 del artículo 68 de la misma ley, yerra en la aplicabilidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el presente caso, por cuanto una ley posterior y especial aplicable a los establecimientos públicos del orden departamental modificó o mejor reguló extensivamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dichos establecimientos del orden departamental, como son la (sic) contenidas en el Título X, Capítulo IV del Decreto 1222 de 1986 [del] Código de Régimen Departamental".

<sup>8</sup> Sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 2004-010017. C.P. María Nohemí Hernández.

Aseguró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Colegio Mayor del Cauca, establecimiento público del orden departamental, no es el regulado por el Decreto 128 de 1976, por remisión expresa del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, sino por el contrario es el contenido en el Decreto 1222 de 1986 "Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental", que en su capítulo IV reguló lo relacionado con el régimen de "las inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades" de las entidades descentralizadas del nivel departamental.

Anotó que "...la remisión realizada por el artículo 79 de la Ley 489 de 1998 a la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, no aplica para entidades descentralizadas del nivel departamental, por existir ley especial (Decreto 1222 de 1986), ya que por virtud de la ley 57 de 1887 "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Resaltó que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, no cubre vinculaciones legales y reglamentarias, así como tampoco cubre la situación administrativa del encargo para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, sino que está ligada exclusivamente a la prestación de servicios profesionales.

Sostuvo que la interpretación que se debe dar a la norma en precedencia debe ser restrictiva<sup>9</sup>, bajo el entendido que al hablarse de la limitación para la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la junta directiva, no incluye las vinculaciones laborales y demás situaciones administrativas con personal de carrera.

Refirió que la Corte Constitucional ha indicado que el legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad -o incluso para regular su alcance-, no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Que tales criterios se obvian con la interpretación que hace el actor, pues -según él- "...no podría existir reelección de ningún Rector de ninguna Institución Universitaria, por la potísima razón, que por disposición legal pertenece al Consejo Directivo de dicha Institución, pues como ya enunciamos, los Rectores, en virtud del artículo 64 de la ley 30 de 1992, son miembros de dicho Consejo".

Concluyó que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, es una limitación al derecho fundamental de acceder al ejercicio de funciones públicas, por lo que no sería dable extenderla o aplicarla por analogía a casos no comprendidos claramente en dicha limitante, razón por la cual para el caso bajo examen daría lugar a que se presentara una "ausencia de tipicidad de la inhabilidad reprochada".

<sup>9</sup> Lo sustenta el actor en la sentencia de tutela T-1039-06 al indicar que "el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas".

**-De la demandada**

Mediante escrito del 12 de agosto de 2015, el apoderado judicial de la señora Paola Andrea Umaña impugnó la decisión de primera instancia. En resumen, manifestó los siguientes motivos de reparo:

-Reiteró que la inhabilidad que prevé el artículo 10º del Decreto Ley 128 de 1976 se limita a la prestación de servicios con ocasión de una vinculación contractual, mas no a una de carácter legal o reglamentaria, pues dicha acepción, según jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es propia de la contratación estatal<sup>10</sup>.

-También adujo que esa disposición fue subrogada por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, disposición que no solo impide la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, sino de todo tipo de contrato (suministro, obra, consultoría, etc.), pero que, valga la pena aclarar, no es aplicable a las autoridades departamentales, pues estas se rigen por la norma especial, esto es, el Decreto 1222 de 1986 (artículo 294).

-Que, en efecto, si bien la Ley 489 de 1998 prevé que el régimen de las entidades descentralizadas se aplicaría en lo que fuere pertinente a las entidades territoriales, es lo cierto que dicha remisión no puede desconocer el carácter especial del Decreto 1222 de 1986 *“que constituye el régimen departamental vigente”*, normativa que no se alegó como desconocida en el presente asunto.

-Aunado a lo anterior, puso de presente que *“...en caso de considerar que la incompatibilidad en cuestión es aplicable, se llegaría al absurdo que ningún rector de una universidad estatal o institución universitaria podría ser reelegido, pues la norma en comento incluye a los rectores, quienes pueden ser reelegidos, de hecho el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca permite la reelección del Rector, como de hecho ha sucedido con las dos ex rectoras de la institución.”*

-Concluyó que *“...no es dable considerar que mi poderdante se encontraba inhabilitada para efectos de ser elegida como Rectora del Colegio Mayor del Cauca, empleo público que no constituye una prestación de servicios profesionales como tal, sino el ejercicio de unas funciones ejecutivas y de administración...”*.

**8. Trámite en segunda instancia**

Una vez se efectuó el correspondiente reparto, por auto del 28 de septiembre de 2015 se admitieron los referidos recursos de apelación. En esa misma providencia, se dispuso que el memorial que sustenta dicho recurso se pusiera en conocimiento de las demás partes por el plazo de 3 días y que

<sup>10</sup> Que incluso en esos precisos términos se manifestó la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos por medio de concepto del 11 de abril de 2013 PAD 036-2013 dirigido a la oficina jurídica de la Universidad de La Guajira.

vencido ese término el expediente permaneciera en Secretaría a fin de que rindieran los alegatos de conclusión y de que el Ministerio Público emitiera el respectivo concepto.<sup>11</sup>

**9. Alegatos de las partes en segunda instancia**

a) El actor, en síntesis, ratificó su postura bajo los siguientes términos:

“(…)

*“Al haber pertenecido la demandada, Paola ANDREA UMAÑA AEDO, al Consejo Directivo como representante de las directivas hasta dos meses antes de que se surtiera la elección, se vulneró el principio de igualdad, ya que esa corporación, con la participación de la rectora electa como representante de las directivas académicas, reguló las condiciones de la controvertida elección, lo cual revela una clara, amplia e ilegítima ventaja frente a los demás candidatos.*

*Es más clara esta ilegítima ventaja cuando, tal como quedó demostrado en el proceso, según Resolución No. 285 de febrero 29 de 2012 y acta de posesión No. 012 del 1 de marzo de 2012, la representante estudiantil ante el Consejo Directivo, Lady Diana Nicholls Sandoval, era subordinada laboral de la candidata Paola Andrea Umaña Aedo para el momento de la elección, lo cual debió haber conducido también a la declaratoria de un impedimento de la estudiante, basado en el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.*

*Ahora bien, es necesario argumentar que por tratarse el presente asunto de un acto electoral ocurrido en el Colegio Mayor del Cauca, que es un establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, que forma parte del sector descentralizado por servicios en el nivel departamental y NO un ente universitario autónomo, le es aplicable la Ley 489 de 1998, la cual, según su artículo 2 se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del Poder Público y de la administración pública, dentro de la cual, siguiendo el inciso 4 del artículo 39 de la norma en comento, se encuentran los organismos adscritos a las gobernaciones, tal como lo es el Colegio Mayor del Cauca.*

“(…)

*Así las cosas, la Ley 489 de 1998; el artículo 67 de la Ley 30 de 1994 y el artículo 14 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca, remiten, en materia de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades, a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto*

<sup>11</sup> Folio 135.

128 de 1976, las cuales no se aplican por analogía, sino por remisión expresa de la normatividad citada.

(...)

De los argumentos aquí puestos de presente, se deben dar por sentados los siguientes presupuestos lógicos:

1. Que la ley 489 de 1998 se aplica a la (sic) entidades territoriales según el parágrafo del artículo 2 de esa normatividad, y que también se aplica a la administración pública de esos entes descentralizados al tenor del artículo 39 inciso cuarto *ibidem*.
2. Que por ser el Colegio Mayor del Cauca un Establecimiento Público del orden departamental, le son aplicables los principios y disposiciones de la ley 489 de 1998, norma vigente y posterior al Decreto 1222 de 1986, y especial en materia de descentralización administrativa, por lo tanto la aplicable para el caso en discusión.
3. Por lo tanto, es viable y totalmente procedente advertir que la regulación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para el caso de la rectora electa del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra contenido en el Decreto 128 de 1976.

Así las cosas no le asiste razón a la rectora demandada al argumentar que el Decreto 128 de 1976 no es aplicable al presente asunto, pues una norma especial y posterior en materia de descentralización tal y como lo es la ley 489 de 1998 remite precisamente a dicha norma para lo correspondiente a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de juntas directivas, incluso de los establecimientos públicos del orden territorial.

(...) **Respecto del argumento de la subrogación del Decreto 128 de 1976 y del Decreto 1222 de 1986**

Los argumentos dados por la parte accionada carecen de solidez jurídica, al afirmar que el Decreto 128 de 1976 y el Decreto 1222 de 1986 fueron subrogados por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones:

1. El artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986 refieren a "la prestación de servicios profesionales", no solamente al "contrato de prestación de servicios profesionales", como si lo hace la ley 80 de 1993.
2. El Consejo de Estado no ha tomado como subrogado el artículo 10 [del] Decreto 128

de 1976, pues respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejera Ponente MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN, confirmó su vigencia, y lo distinguió muy bien de la ley 80 de 1993..."

- b) La demandada así como la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca guardaron silencio.

## 10. Concepto del ministerio público

El procurador séptimo delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que, contrario a lo que señalan los recurrentes, el régimen de inhabilidades que debe aplicarse al presente caso es el que contiene el Decreto 128 de 1976 y no el Decreto 1222 de 1986, pues si bien este último decreto es posterior es lo cierto que la Ley 489 de 1998 es clara en remitirse de manera expresa al Decreto 128 de 1976.

Puso de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>12</sup> ha sido enfática en señalar que los servicios profesionales a los que se refiere la prohibición que prevé el artículo 10° del Decreto 128 de 1976 "...pueden ser prestados en virtud de una vinculación legal o reglamentaria o mediante una relación contractual".

Manifestó que no son de recibo los argumentos de la demandada, pues el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 no subrogó el artículo 10° del Decreto 128 de 1976 por "...la potísima razón de su inaplicabilidad al asunto litigioso propuesto, en efecto, la Ley 80 de 1993 regula el régimen de contratación pública y las inhabilidades que en ella se señalan lo son para efectos de la celebración de contratos, pero no pueden ser consideradas como causal de nulidad de actos de elección o nombramiento. Sus efectos se predicen en relación con los contratos".

Aunado a lo anterior, sostuvo que no cabe la menor duda que la institución Colegio Mayor del Cauca tiene la naturaleza de establecimiento público y que, por ende, se encuentra cobijada por la Ley 489 de 1998, en particular, por el artículo 79 que estableció que las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto Ley 128 de 1976 se tendrían en cuenta para los miembros de consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos.

Que, en conclusión, como la demandada integró el Consejo Directivo de la referida institución no podía resultar electa

<sup>12</sup> Entre otras, la sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 2004-00017-01.

como rectora dentro del año siguiente a su renuncia como representante del estamento académico.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandada y de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca contra el fallo del 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, está fijada en los artículos 150 y 152-9 del CPACA; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

### 2. El acto acusado

Se trata del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014 “Por la cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018”.

### 3. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia a quo, que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca por encontrarse inhabilitada, debe confirmarse o si, por el contrario, procede su revocatoria.

### 4. El objeto de la impugnación

La parte demandada y la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca impugnaron la decisión del Tribunal respecto de estos aspectos:

i) El régimen de inhabilidades aplicable a dicha entidad no es el que contiene el Decreto 128 de 1976 como erróneamente sostuvo el a quo, sino que es el que prevé el Decreto 1222 de 1986, norma que no se adujo como desconocida por el demandante.

ii) La prohibición que prevé el artículo 10 del Decreto 128 de 1986 únicamente se circunscribe a contratos de prestación de servicios profesionales y, por ende, no tiene lugar cuando la vinculación es legal y reglamentaria, que es lo que sucede en el presente caso.

iii) Que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 fue subrogado por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, disposición que no solo impide la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, sino de todo tipo de contrato (suministro, obra, consultoría, etc.), pero que, valga la pena aclarar, no es aplicable a las autoridades departamentales, pues estas se rigen por la norma especial, esto es, el Decreto 1222 de 1986 (artículo 294).

En efecto, si bien la Ley 489 de 1998 prevé que el régimen de las entidades descentralizadas se aplicaría en lo que fuere

pertinente a las entidades territoriales, es lo cierto que dicha remisión no puede desconocer el carácter especial del Decreto 1222 de 1986 “que constituye el Régimen Departamental vigente”, normativa que no se alegó como desconocida en el presente asunto.

### 5. Estudio de fondo del asunto

La Sala precisa que, de acuerdo con el principio de justicia rogada que rige la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el presente estudio se efectuará teniendo en cuenta las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y de las cuales explicó un real concepto de violación, así como los reparos que tanto la demandada como la Institución Colegio Mayor del Cauca formularon en los respectivos recursos de apelación.

Bajo la anterior premisa, esta Corporación anticipa que revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarará probada de oficio la excepción cosa juzgada material.

Para efectos de fundamentar esta decisión, la Sala se ocupará, en primer lugar, del tema de la cosa juzgada, para luego analizar el caso concreto.

#### A. De la cosa juzgada material

A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”<sup>13</sup> 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 Código General del Proceso 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:

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. M. P. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.

*"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".*

Sobre el particular, Esta Corporación con relación al aparte transcrito, precisó:

*"...; 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 aun 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 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<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> 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 unas 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

En relación con este aspecto en particular, 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 1º 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."<sup>15</sup>

## B. Del caso concreto

Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección de la señora Paola Umaña Aedo como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca para el periodo 2014-2018.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine, se tiene lo siguiente:

- De acuerdo con lo dicho en el acápite de antecedentes procesales, es claro que contra la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora del Colegio Mayor del Cauca, a la par del presente proceso, también se adelantó otro que se identificó con el número 2015-00044.

*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.*

<sup>15</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes. D-056 y D-092.

- Que, dentro del proceso electoral No. 2015-00044, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 12 de junio de 2015, declaró la nulidad del acto acusado.

- Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo mediante fallo del 24 de septiembre de 2015. En concreto, en esa providencia se dijo:

*“(...) la Sala anticipa que la sentencia apelada será confirmada por las razones que pasan a explicarse. Para el efecto, se impone el análisis de si en la elección que hizo el Consejo Directivo del Rector del Colegio Mayor del Cauca, se observaron las reglas del quórum y mayoría que exige el reglamento interno.*

*El artículo 13 del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2008 “Por el cual se expide el Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca” respecto del quórum dispone: “constituye quórum para deliberar, más de la mitad de los miembros acreditados ante el Consejo Directivo (...)”.*

*Ahora bien, se tiene que el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca dispone que el Consejo Directivo está conformado por 10 miembros; sin embargo, no se considera al Rector para efectos de establecer el quórum, por cuanto este tiene voz pero no voto, en concordancia con el literal e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.*

*Así, se requiere la mitad más uno de los 9 miembros facultados para decidir; es decir, se requieren 5 votos para que esta Corporación pueda reunirse válidamente para cumplir su función, en este caso, elegir al Rector.*

*En el caso de autos, se observa que asistieron 8 miembros del Consejo Directivo a la sesión en la que resultó elegida la demandada, de conformidad con el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, visible a folio 175 del expediente.*

*En efecto, sin la participación del Rector, por cuanto no tiene voto, y sin considerar la asistencia de uno de los miembros cuyo período, a juicio de los apelantes estaba vencido, se tiene que se encontraban presentes 6 miembros facultados para votar. En consecuencia, sí había quórum para decidir, el cuál es de 5, conforme con el Estatuto de esa Institución educativa.*

*Ahora bien, respecto de las mayorías, esto es, el número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, el artículo 25 de los Estatutos del Colegio Mayor del Cauca dispone “El Rector será designado por el Consejo Directivo con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto”.*

*Entonces, es evidente que esta normativa tiene prevista taxativamente una mayoría decisoria calificada, esto es, que el Rector de la Institución debe ser elegido con la mayoría de votos de los integrantes de la Corporación Electoral, es decir, quien resulte escogido debe obtener la mitad más uno de los votos de todos los miembros de la respectiva Corporación nominadora por cuanto de esa forma se garantiza la confianza corporativa en la medida en que se logra conformar la voluntad mayoritaria, tomándose así una decisión efectivamente democrática.<sup>16</sup>*

*Es preciso tener en cuenta que la garantía de la transparencia electoral exige el cumplimiento estricto del régimen legal sobre el cual se edifica todo proceso electoral y de su respeto depende en gran medida la salvaguarda de las instituciones democráticas. Y el mismo, se aplica a toda clase de elecciones, incluyendo las que se realizan en el interior de los entes universitarios autónomos.*

*En consecuencia, no le asiste razón a los apelantes al afirmar que como a la fecha de elección de la demandada, el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca se encontraba integrado solo por “6 o 7” miembros efectivos, y por tanto solo pueden ser considerados miembros con derecho a voz y voto aquellos que estén debidamente designados, delegados o electos con el lleno de las formalidades exigidas para cada caso.*

*En efecto, tal como lo manifestó la Vista Fiscal en su concepto, el hecho de que a la fecha de la elección de la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca faltare por designar a la Representante de los egresados ante el Consejo Superior o del Presidente de la República, no puede ser razón para considerar que la mayoría requerida para su designación debe ser simple, esto es, la mitad más uno de los asistentes, pues, el artículo 25 de los Estatutos de esa Institución es claro al indicar que el Rector será designado por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto, para este caso, la mayoría de los 9 miembros, excluido el Rector.*

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca, el Consejo Directivo está compuesto por 10 miembros; pero como se dijo, el rector tiene voz pero no tiene voto; entonces, **el candidato requería, a su favor, la mitad más uno de los votos de los 9 miembros con voz y voto, esto es, mínimo 5 votos para que la designación de la demandada fuera válida.***

*(...) Se observa que en el proceso votaron 7 miembros del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca,*

<sup>16</sup> Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0016-01(3115-3116).

en el que el actor obtuvo 3 votos afirmativos y la demandada 4, de manera que ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría requerida para ser designado válidamente.

Entonces, es evidente que para el caso concreto, el acto administrativo que nombró a la señora Paola Andrea Umaña Aedo es irregular, como quiera que fue expedido sin la satisfacción de uno de los supuestos de legalidad necesarios del acto, en la medida en que se adoptó sin contar con la mayoría requerida para expedirlo.

Lo anterior, como quiera que la elección se produjo con cuatro (4) votos, cuando el número total de integrantes del Consejo Superior del Colegio Mayor del Cauca está compuesto por nueve (9) miembros con voz y voto, y el hecho de que a 2 o 3 de ellos se les hubiera vencido su periodo o no hicieran parte de aquel, en manera alguna puede tomarse como una circunstancia que releva a la Corporación nominadora de expedir la decisión administrativa demandada por mayoría, es decir, con cinco (5) votos y no con cuatro (4).

En esa medida, resulta evidente que el acto administrativo demandado está viciado y por esa razón se confirmará la decisión del a quo de declarar la nulidad del Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 que designó a la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca y que se inicie nuevamente el proceso de elección de dicho funcionario.

Esto, pues se insiste que la mayoría requerida para que las decisiones en este ente universitario sean válidas, es de la mitad más uno de los votos afirmativos de los miembros de la respectiva corporación nominadora, en aras de garantizar la confianza en la efectividad de las decisiones democráticas.

No debe olvidarse que el sistema electoral colombiano dispone que el nombramiento de un funcionario o la elección de los representantes democráticos debe basarse en el principio de las mayorías, por lo que nunca puede resultar elegido un candidato que obtiene menor votación que otros ni aquel que obtiene la misma votación que otro<sup>17</sup>. Por ello, el principio general que inspira al sistema democrático es el que las decisiones de las corporaciones públicas sean adoptadas por mayoría<sup>18</sup>.

Es por lo anterior, que resulta inane entrar a determinar la calidad en la que actuaron los

Representantes de los egresados, de los ex rectores y del Presidente de la República.

(...) Por tanto, en desarrollo de los principios mencionados en precedencia, es imperativo que el Colegio Mayor del Cauca siguiera estrictamente las reglas previamente definidas por sus Estatutos en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

**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,**

#### RESUELVE

**Primero. Confírmase el fallo de 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca".**

-Por otra parte, mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de electoral No. 2009-00043, Dte. Luis Guillermo Céspedes, nuevamente declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018.

Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que:

a) Tanto en el proceso electoral No. 2014-00044, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 12 de junio y del 24 de septiembre de 2015, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la demanda recae sobre el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Es decir, existe **identidad de objeto**.

b) Que la sentencia anulatoria de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra debidamente ejecutoriada, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (material) y, por tanto, el asunto en ella debatido no puede ser nuevamente objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción. Esto es, la sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos y, por consiguiente, es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pues la nulidad decretada, se reitera, tiene efectos *erga omnes*.

A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 24 de septiembre de 2015 de esta Corporación es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la sentencia del 12 de junio de 2015 en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014, por el cual se

17 Sentencia del 24 de agosto de 2001. Exp. 2470.

18 Sentencia del 18 de marzo de 2004. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0017-01(3117)

designó a la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018

Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 187 inciso segundo del CPACA<sup>19</sup> y el artículo 282 del Código General del Proceso, estime que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Por lo expuesto, como se anticipó, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, de oficio, se declarará probada la excepción de cosa juzgada material.

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.** Revócase la sentencia del 3 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. En su lugar, **declárase** probada la excepción de cosa juzgada material. En consecuencia, esta Sala se **inhibe** de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Luis Guillermo Céspedes.

**Segundo.** En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidenta  
**Rocío Aratijo Oñate**  
**Carlos Enrique Moreno Rubio**  
**Alberto Yepes Barreiro**

<sup>19</sup> Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada (...).

## NULIDAD - AUTOS

### RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que decretó parcialmente la suspensión provisional

El demandante sostuvo que según lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo segundo del Acto Legislativo 02 de 2015, ningún proceso de elección puede llevarse a cabo sin que exista una ley. Agregó que por esta razón, la convocatoria a que hace referencia el acuerdo acusado solo puede efectuarse cuando haya una norma especial que regule el procedimiento para la escogencia de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial. Sobre el particular, observa la Sala que la primera elección de los miembros del recientemente creado Consejo de Gobierno Judicial fue regulada específicamente por el artículo dieciocho (18) transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, conocido como la reforma constitucional de equilibrio de poderes. En principio, la disposición fue clara al establecer que la escogencia de los integrantes del organismo deberá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la vigencia de dicho acto legislativo, sin condicionamiento alguno.

En este sentido, comparte la Sala la posición asumida por la magistrada conductora del proceso en el auto duplicado, según la cual la exigencia de ley previa haría inoperante el mandato establecido en el acto legislativo, ya que el trámite de aprobación del respectivo proyecto impediría cumplir el plazo fijado en el artículo 18 transitorio para la elección. En consecuencia, por este primer aspecto no le asiste razón al recurrente. El demandante también indicó que el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión recurrida contiene una orden que constituye ostensible extralimitación de funciones judiciales, ya que la Constitución y la ley no le reconocieron al juez la facultad de organizar calendarios electorales. Como quedó expuesto, el auto de agosto veinticinco (25) del presente año señaló en el numeral segundo la forma como debían entenderse los plazos para la inscripción, elaboración de listas, sorteo, elección y declaratoria de elección de los nuevos candidatos que se inscribieran para el proceso luego de la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del acuerdo No. 06 de 2015, con las modificaciones hechas por el acuerdo No. 07 del año en curso. A pesar de tratarse de la modificación del cronograma fijado por la Comisión Interinstitucional, la Sala estima que no puede calificarse

como extralimitación de funciones judiciales por cuanto la extensión de los términos es la consecuencia lógica y directa producida por la medida cautelar decretada por la consejera conductora del proceso. Si en virtud de la suspensión ya no era posible exigir el número de firmas que respaldaba la candidatura, lo procedente era permitir la participación de los diferentes integrantes de la Rama Judicial en el proceso, sin el cumplimiento de dicho requisito, para lo cual era necesario restablecer los plazos previstos para el proceso convocado por la Comisión Interinstitucional. Entonces, por este segundo aspecto tampoco prospera la censura del actor.

Finalmente, el actor estimó que la providencia no tiene justificación suficiente para sustituir a la Comisión Interinstitucional en la organización del proceso, que es incongruente con sus consideraciones porque el Consejo de Estado se abroga el poder de definir el cronograma electoral, contradictoria en su motivación al ejercer un poder del cual carece y vulnera el texto y espíritu de la reforma constitucional porque la elección fue hecha por fuera del plazo de dos (2) meses fijado por el Acto Legislativo 02 de 2015. A partir de los argumentos del actor y del análisis del auto recurrido, la Sala no considera que la consejera conductora del proceso haya sustituido a la Comisión Interinstitucional en sus funciones, pues el proceso de elección fue organizado autónomamente por dicho organismo como puede verse en el Acuerdo 06 de 2015. La Sala advierte que el auto impugnado no desconoció el espíritu de la reforma constitucional adoptada mediante el Acto Legislativo 02 de 2015 sino que, por el contrario, buscó armonizar la nueva realidad del trámite de la elección, originada por la suspensión provisional, con los términos estipulados para el cumplimiento del proceso.

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

Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el actor contra el auto de agosto veinticinco (25) de 2015, dictado por la consejera conductora de este proceso, mediante el cual decretó parcialmente la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del acuerdo No. 06 de julio diecisiete (17) de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, con las modificaciones hechas mediante acuerdo No. 07 de julio treinta (30) de 2015.

### ANTECEDENTES

En su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad, el señor Federico González Campos presentó demanda contra el acuerdo No. 06 de julio diecisiete (17) de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, modificado por el acuerdo No. 07 de julio treinta (30) del presente año, por el cual se convocó a los magistrados de tribunales, jueces de la República y empleados de la Rama Judicial para elegir a sus representantes y conformar el Consejo de Gobierno Judicial.

Luego de la admisión de la demanda, mediante auto de agosto veinticinco (25) del año en curso, la consejera conductora del proceso resolvió la medida cautelar de suspensión provisional del acuerdo acusado, solicitada por el actor en escrito separado de la demanda.

### El auto suplicado

En la citada providencia de agosto veinticinco (25) del presente año, la magistrada sustanciadora del proceso decretó parcialmente la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del acto demandado, con las respectivas modificaciones hechas por el acuerdo No. 07 de 2015.

La decisión fue adoptada en los siguientes términos:

“(…)

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.

**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 3º. (...) y no bayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años”.**

**“Artículo 5º. (...) 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”.

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:**

**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 (...)*: (Negrillas del texto).

### Del recurso de súplica

Al estar parcialmente en desacuerdo con la decisión, el demandante suplicó la providencia con base en los siguientes argumentos:

Consideró que según el inciso cuarto del artículo 126 del Acto Legislativo 02 de 2015, ningún proceso de elección puede llevarse a cabo en el país sin que exista una ley, por lo cual la convocatoria prevista en el acto acusado solo puede hacerse cuando haya una norma especial que regule el procedimiento para dicha escogencia.

Indicó que *"(...) la Comisión Interinstitucional al expedir el Acuerdo No. 06 de 20015 (sic) con sus respectivas modificaciones en el acuerdo 007 del mismo año, debió basarse incluso en algunas normas derogadas expresamente, como el artículo 97 de la ley 270 de 1976 (sic) y expedir los Acuerdos sin competencia alguna (...)"*.

Estimó que el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión contiene una orden que constituye ostensible extralimitación de funciones judiciales, pues la Constitución y la ley no reconocieron al juez la facultad de organizar calendarios electorales.

Agregó que el auto carece de justificación suficiente para sustituir a la Comisión Interinstitucional en la organización del proceso y la expedición del calendario, es incongruente con sus consideraciones porque el Consejo de Estado se abroga el poder de definir el cronograma electoral, contradictorio en su motivación al ejercer un poder del cual carece el juez y vulnera el texto y espíritu de la reforma constitucional porque la elección fue hecha por fuera del plazo de dos (2) meses fijado para tales efectos.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso según lo dispuesto en los artículos 243 y 246 del CPACA, pues cuestionó una providencia dictada dentro de un proceso de única instancia y que suspendió provisionalmente parte del acto acusado, lo cual sería apelable en caso de que el asunto fuera resuelto en dos (2) instancias.

### Asunto objeto de estudio

Advierte la Sala que el análisis que corresponde a la Sala estará limitado al objeto del recurso interpuesto por el actor, en punto de la suspensión parcial del acuerdo acusado, sin que sea procedente abordar el estudio de otros aspectos relacionados con el trámite del proceso en el cual fue adoptada la medida cautelar.

Como primer argumento, el demandante sostuvo que según lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución,

modificado por el artículo segundo del Acto Legislativo 02 de 2015, ningún proceso de elección puede llevarse a cabo sin que exista una ley.

Agregó que por esta razón, la convocatoria a que hace referencia el acuerdo acusado solo puede efectuarse cuando haya una norma especial que regule el procedimiento para la escogencia de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial.

Sobre el particular, observa la Sala que la primera elección de los miembros del recientemente creado Consejo de Gobierno Judicial fue regulada específicamente por el artículo dieciocho (18) transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, conocido como la reforma constitucional de equilibrio de poderes.

La citada norma señaló lo siguiente:

*"Artículo 18. Transitorio. El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 1 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:*

*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.* (Negrillas fuera del texto).

*(...)"*.

En principio, la disposición fue clara al establecer que la escogencia de los integrantes del organismo deberá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la vigencia de dicho acto legislativo, sin condicionamiento alguno.

En este sentido, comparte la Sala la posición asumida por la magistrada conductora del proceso en el auto suplicado, según la cual la exigencia de ley previa haría inoperante el mandato establecido en el acto legislativo, ya que el trámite de aprobación del respectivo proyecto impediría cumplir el plazo fijado en el artículo 18 transitorio para la elección.

Incluso, la citada norma también fue expresa al señalar que la presentación del proyecto de ley estatutaria que regulará el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial deberá ser presentada antes del primero (1º) de octubre de 2015, es decir un mes después de expirado el término establecido para la elección.

En consecuencia, por este primer aspecto no le asiste razón al recurrente.

El demandante también indicó que el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión recurrida contiene una orden que constituye ostensible extralimitación de funciones judiciales, ya que la Constitución y la ley no le reconocieron al juez la facultad de organizar calendarios electorales.

Como quedó expuesto, el auto de agosto veinticinco (25) del presente año señaló en el numeral segundo la forma como debían entenderse los plazos para la inscripción, elaboración de listas, sorteo, elección y declaratoria de elección de los nuevos candidatos que se inscribieran para el proceso luego de la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del Acuerdo 06 de 2015, con las modificaciones hechas por el Acuerdo 07 del año en curso.

A pesar de tratarse de la modificación del cronograma fijado por la Comisión Interinstitucional, la Sala estima que no puede calificarse como extralimitación de funciones judiciales por cuanto la extensión de los términos es la consecuencia lógica y directa producida por la medida cautelar decretada por la consejera conductora del proceso.

Si en virtud de la suspensión ya no era posible exigir el número de firmas que respaldaba la candidatura, lo procedente era permitir la participación de los diferentes integrantes de la Rama Judicial en el proceso, sin el cumplimiento de dicho requisito, para lo cual era necesario restablecer los plazos previstos para el proceso convocado por la Comisión Interinstitucional.

Entonces, por este segundo aspecto tampoco prospera la censura del actor.

Finalmente, el actor estimó que la providencia no tiene justificación suficiente para sustituir a la Comisión Interinstitucional en la organización del proceso, que es incongruente con sus consideraciones porque el Consejo de Estado se abroga el poder de definir el cronograma electoral, contradictoria en su motivación al ejercer un poder del cual carece y vulnera el texto y espíritu de la reforma constitucional porque la elección fue hecha por fuera del plazo de dos (2) meses fijado por el Acto Legislativo 02 de 2015.

A partir de los argumentos del actor y del análisis del auto recurrido, la Sala no considera que la consejera conductora del proceso haya sustituido a la Comisión Interinstitucional en sus funciones, pues el proceso de elección fue organizado autónomamente por dicho organismo como puede verse en el Acuerdo 06 de 2015.

La Sala advierte que el auto impugnado no desconoció el espíritu de la reforma constitucional adoptada mediante el Acto Legislativo 02 de 2015 sino que, por el contrario, buscó armonizar la nueva realidad del trámite de la elección, originada por la suspensión provisional, con los términos estipulados para el cumplimiento del proceso.

En el artículo dieciocho (18) transitorio, el Acto Legislativo 02 de 2015 señaló que *“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”*.

La vigencia de la citada reforma constitucional sobre equilibrio de poderes comenzó el primero (1º) de julio de 2015, después de la promulgación hecha en el *Diario Oficial* 49560 de la misma fecha, lo cual significa que el término para la escogencia de los integrantes del organismo vencía el primero (1º) de septiembre del presente año.

Al establecer las reglas para el entendimiento de los plazos correspondientes al proceso, el auto suplicado señaló que la elección debía llevarse a cabo el martes primero (1º) de septiembre de 2015, cuando efectivamente tuvo lugar a nivel nacional.

En estas condiciones, concluye la Sala que la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial fue realizada dentro del término dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2015, lo cual descarta que el auto impugnado haya desconocido el mandato contenido en la reforma constitucional, como indicó el actor.

Por consiguiente, los anteriores argumentos no pueden acogerse y por esta razón la providencia recurrida será confirmada.

Al margen de lo anterior, subraya la Sala que en los términos de los artículos 229 y 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la resolución del recurso de súplica contra el auto que decidió la medida cautelar no implica prejuzgamiento sobre lo que habrá de resolverse en la sentencia.

Según los alcances de las citadas normas, el legislador estableció la posibilidad que el juez pueda pronunciarse antes de la sentencia, previo cumplimiento de algunos presupuestos, en el entendido de que si los elementos de juicio lo determinan, luego del estudio de fondo, pueda confirmar o incluso modificar su posición inicialmente adoptada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

#### RESUELVE

**Primero.** Confirmar la providencia suplicada, esto es el auto de agosto veinticinco (25) del presente año dictado por la consejera conductora del proceso, mediante el cual resolvió la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo 06 de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial con las respectivas modificaciones hechas mediante Acuerdo 07 de 2015.

**Segundo.** En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho de la magistrada conductora del proceso.

Notifíquese y cúmplase.

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado



## NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que rechazó la demanda por falta de competencia / TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS - No tienen competencia para resolver los conflictos que surjan en el proceso de elecciones de directivas de personas jurídicas de derecho privado como la Federación Nacional de Cafeteros / FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS - Es una entidad de derecho privado**

En el caso bajo análisis, el actor considera que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en específico el Tribunal Administrativo del Tolima quien debe conocer de la acción de nulidad electoral de la referencia, toda vez que, a su juicio, los particulares que ejercen funciones públicas, como la Federación Nacional de Cafeteros someten a esta jurisdicción las controversias y litigios que pudieren surgir con motivo de la actividad desplegada por aquellas en cumplimiento de sus funciones.

Al respecto, advierte la Sala que la Federación Nacional de Cafeteros, tal como se expuso en precedencia, es una entidad de derecho privado que tiene un procedimiento específico para la elección de sus dirigentes, esto es, de los Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y los Miembros de los Comités Municipales de Cafeteros. Los estatutos de esta entidad, particularmente el artículo 42, indica que el Comité Directivo es la autoridad que dicta el reglamento de las elecciones, el procedimiento a seguir y lo relativo a las impugnaciones que se presenten en ocasión de este procedimiento.

Ahora bien, conforme a lo expresado en precedencia, esta Sala concluye que la demanda de nulidad electoral presentada por el accionante no es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las razones que a continuación se explican:

i) El artículo 104 del CPACA determina los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro de los cuales no se encuentra resolver

los conflictos que surjan en el proceso de elecciones de directivas de personas jurídicas de derecho privado como la Federación Nacional de Cafeteros, de conformidad con el artículo 3º de sus estatutos. Es decir, el presente caso no se trata de un asunto que haya sido encomendado especialmente por la Constitución o la ley a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; además, porque en el conflicto no interviene una entidad pública, en los términos del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

ii) El tema objeto de discusión tiene su propio trámite y procedimiento, el cual se encuentra regulado en los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros y desarrollado mediante las Resoluciones No. 01 del 2 de abril de 2014 y 05 del 26 de junio de 2014, trámite que como se indicó en precedencia, fue agotado por el accionante. Entonces, tal agotamiento no lo autoriza para ejercer este medio de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, habida cuenta que dicha Jurisdicción no tiene a su cargo el examen de legalidad y constitucionalidad respecto de tales actuaciones de los particulares.

iii) En efecto, la controversia no se propone en el marco de una relación jurídica establecida por un particular en el ejercicio de funciones administrativas, dado que la Federación Nacional de cafeteros no es particular en ejercicio de función pública, pues si bien excepcionalmente cumple funciones públicas con la administración del Fondo Nacional del Café, lo cierto es que en el marco de la elección acusada, no obraba como tal. Es decir, debe admitirse que la Federación Nacional de Cafeteros administra, no obstante tener la condición de persona jurídica de derecho privado, unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café, pero debe tenerse en cuenta, así mismo, que la demanda de la referencia no se presentó en el ejercicio o en cumplimiento de funciones desarrolladas por este Fondo. Por las anteriores razones, el auto de 26 de noviembre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante el cual rechazó la demanda por carecer de competencia será confirmado.

Fuente Formal: Ley 1437 De 2011 - Artículo 104

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 26 de noviembre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que rechazó la demanda por falta de competencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La Demanda

El señor **César Eladio Campos Arana** ejerció acción de nulidad electoral, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, solicitó la nulidad de la elección de los señores Carlos Sánchez Serrano y José Lisandro Manjarrez Quiñones como Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y Representantes del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, Circunscripción Chaparral, periodo 2014-2018.

Solicitó:

*“1. Que se declare la NULIDAD DEL ACTA DE ESCRUTINIO PRELIMINAR de la mesa fija de votación No. 16, identificada con el código FE-FG-F-0021, de fecha 17/07/2014, ubicada en el Municipio de Ortega, circunscripción de Chaparral, para elección de delegados al Congreso Nacional Cafetero y en consecuencia representantes al Comité Departamental de cafeteros del Tolima.*

*2. Que se declare la NULIDAD PARCIAL DEL ACTA DE LA COMISIÓN DE ESCRUTINIOS, código FE-FG-F-0031, del 06/09/2014, versión 01, publicada el 16 de septiembre de 2014. Nulidad parcial deprecada específicamente en lo relacionado con:*

*2.1.- Los resultados electorales de la mesa fija de votación No. 16, identificada con el código FE-FG-F-0021, de fecha 17/07/2014, ubicada en la vereda El Maco del Municipio de Ortega, circunscripción de Chaparral. Y,*

*2.2.- La parte del acta en mención página 14, que declaró la elección de los SEÑORES CARLOS SÁNCHEZ SERRANO y JOSÉ LISANDRO MANJARREZ QUIÑONES, respectivamente como principal y suplente, como delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y representantes del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima por la Circunscripción de Chaparral, para el periodo 2014-2018.*

*Excluyendo del acta, cuya nulidad parcial se impetra, los resultados electorales de la mesa relacionada, y los resultados de la circunscripción de Chaparral que declaró la elección de los mencionados señores, los demás resultados contenidos en el acta de escrutinios en mención, permanecerán incólumes.*

*3. Que se declare la NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 19 de septiembre 30 de 2014 del Comité Directivo de la Federación Nacional de Cafeteros “Por la cual se deniega un Recurso de Apelación”, notificada el 9 de octubre de 2014.*

*4. Que se ordene la exclusión del cómputo de los votos contenidos en el acta de la Comisión de Escrutinios acusada de nulidad parcial, correspondientes a la mesa de votación No. 16 EL MACO, identificada con el código FE-FG-F-0021, de fecha 17/07/2014, ubicada en el Municipio de Ortega, circunscripción de Chaparral, para elección de delegados al Congreso Nacional Cafetero y representantes al Comité Departamental de Cafeteros del Tolima.*

*5. Así mismo, se ordene la cancelación de la respectiva credencial de los señores CARLOS SÁNCHEZ SERRANO y JOSÉ LISANDRO MANJARREZ QUIÑONES, respectivamente principal y suplente, como delegados al Congreso Nacional Cafetero y representantes del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima por la Circunscripción de Chaparral, para el periodo 2014-2018 y se declare la elección y se expida la credencial para los mismos cargos a quien verdaderamente corresponde, esto es a CÉSAR ELADIO CAMPOS ARANA como principal Y DIÓGENES ORTIZ CAICEDO como suplente.”*

### 1.2. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo del Tolima por auto del 26 de noviembre de 2014 rechazó la demanda, para el efecto expuso los siguientes argumentos:

La naturaleza de la Federación Nacional de Cafeteros se encuentra definida en el artículo 3º de sus estatutos, los cuales disponen que es una persona jurídica de derecho privado.

Frente a tal característica, el Consejo de Estado en sentencia de 27 de enero de 2011, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 2004-01183 indicó que:

*“Como ya lo ha precisado la Sala Plena la atribución de funciones administrativas a la Federación no implica la modificación de su naturaleza privada, ni mucho menos un cambio integral del régimen jurídico al que se encuentra sujeto el giro ordinario de sus actividades; en otras palabras en la Federación Nacional de Cafeteros no se aplican los principios y requerimientos propios de la actividad administrativa en aquellos actos que realice o celebre en ejercicio de las funciones que no tengan esta naturaleza, sino que se regirán, en principio, por el ordenamiento jurídico propio de la actividad privada.”*

Asimismo, los artículos 151 y 152 del CPACA establecen la competencia de los Tribunales en única y primera instancia, y en ningún caso se le otorga para conocer de conflictos en los cuales se vea involucrada una entidad como la que se demanda en el *sub judice*.

Adujo que la Federación Nacional de Cafeteros es una entidad de carácter privado, que mediante contratos suscritos con la Nación, cumple funciones administrativas relacionadas con el gremio cafetero, pero bajo ninguna circunstancia puede considerarse como una entidad sujeta al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 104 del CPACA, pues su actuar se rige por el derecho privado.

Expresó que el artículo 51 de los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros y las Resoluciones Nos. 01 del 2 de abril de 2014 y 05 del 26 de junio del mismo año establecen el procedimiento para develar las controversias como las planteadas en el presente caso.

### 1.3. Del recurso interpuesto

El demandante recurrió la anterior providencia, para el efecto, consideró que la sentencia del Consejo de Estado señalada por el Tribunal, es cierta de manera parcial, toda vez que fue citada por fuera del contexto en el que fue proferida, toda vez que los supuestos de hecho planteados en esa ocasión difieren de los actuales.

Afirmó que no es cierto que en la Federación Nacional de Cafeteros no se aplican los principios y requerimientos propios de la actividad administrativa toda vez que *“si bien el art. 112 de la Ley 489 de 1998 deja claro que la celebración del convenio por parte de las entidades o autoridades administrativas para conferir funciones administrativas a los particulares, no modifica la naturaleza, ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe la función administrativa, también es claro que cuando ejercen estas funciones si se someten, al que hacer de la jurisdicción contenciosa”*.

Para el efecto, trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> en la que, a su juicio, queda claro que los particulares que ejercen funciones públicas someten a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las controversias y litigios que pudieren surgir con motivo de la actividad desplegada por aquellas.

De acuerdo con lo anterior, adujo que las normas del “Código Contencioso Administrativo” se aplican a las entidades privadas y a los particulares cuando quiera que estos cumplan funciones administrativas, por lo que sus actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, requisitos y procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos.

Señaló que el contrato de administración del Fondo Nacional del Café celebrado en el año 2006 entre el Gobierno y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia señala las funciones públicas que la Federación debe cumplir; y, que las cláusulas en él contenidas, su ejecución y desarrollo material se someten a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque así lo ordena la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del CPACA.

Argumentó que la atribución de funciones administrativas a particulares no conlleva cambio en la titularidad del patrimonio estatal, solo significa la posibilidad de participar en la gestión de asuntos administrativos en las condiciones y bajo los parámetros señalados en la Constitución, la ley y el reglamento.

Manifestó que el artículo 43 de la Ley 188 de 1995 expresa que todas las entidades que manejan recursos parafiscales, incluida la Federación Nacional de Cafeteros *“deberán elegir sus representantes y directivos por medios democráticos, incluyendo los mismos adoptados para la Rama del poder Legislativo”*, lo que quiere decir que se deben respetar los principios generales que rigen el Código Electoral Colombiano.

### 1.4. Trámite en primera instancia

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 29 de octubre de 2014. Mediante auto de 26 de noviembre de ese mismo año esta se rechazó, aun cuando el artículo 276 del CPACA<sup>2</sup> establece el término de 3 días siguientes a su reparto para proveer sobre su admisión.

La anterior providencia fue apelada el 3 de diciembre de 2014. De conformidad con el inciso final del artículo 276 del CPACA, el 11 de diciembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Tolima concedió ante el Consejo de Estado el recurso de apelación propuesto.

Llama la atención de la Sala que solo hasta el 6 de febrero de 2015 la Secretaría del Tribunal remitió a esta Corporación el proceso de la referencia, el cual fue recibido en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado el 2 de marzo de 2015 y en la Secretaría de la Sección Quinta el 3 del mismo mes y año.

1 Sentencia C-166 de 1994. M. P. Hernando Herrera Vergara.

2 Artículo 276. Trámite de la demanda. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes. (...)

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

En los términos de los artículos 125 y 243 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por el demandante contra el auto del 26 de noviembre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que rechazó la demanda de nulidad electoral de la referencia.

### 2.2. Oportunidad del recurso

Al respecto, el inciso 4 del artículo 276 del CPACA, dispone:

*“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”.* (Subraya fuera del texto).

En este caso el auto de 26 de noviembre de 2014 que rechazó la demanda se notificó por estado No. 209 de 1º de diciembre de 2014 (fl. 31 anverso) y de conformidad con la norma transcrita el término de “dos (2) días siguientes a la notificación del auto” para recurrir esa decisión vencía el 3 de diciembre de 2014.

El recurso de apelación se presentó el 3 de diciembre de 2014 a las 4:10 p.m. en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima, como consta en el folio 38 anverso del expediente, es decir, fue oportunamente propuesto.

El proceso subió al Despacho por reparto, el 10 de marzo de 2015.

### 2.3. Problema jurídico

Se trata de resolver si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer la acción de nulidad electoral de la referencia.

Para el efecto, la Sala primero abordará lo concerniente a la naturaleza jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros; posteriormente, analizará la cláusula general de competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a las luces del artículo 104 del CPACA, para finalmente abordar el caso concreto.

### 2.4 Naturaleza jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros

Los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros definen a esta Entidad como una institución de carácter gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición con la cédula cafetera y cumplan las formalidades

que determinen el Congreso Nacional de Cafeteros, el Comité Directivo y dichos Estatutos<sup>3</sup>.

Asimismo, se indica en esta normativa que el objeto de esta Federación es orientar, organizar, fomentar y regular la caficultura colombiana procurando el bienestar del caficultor a través de mecanismos de colaboración, participación y fomento de carácter económico, científico, tecnológico, industrial y comercial, buscando mantener el carácter de capital social estratégico de la caficultura colombiana<sup>4</sup>.

Por otra parte, el artículo 3º *ibidem* señala que “La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una persona jurídica de derecho privado, apolítica, sin ánimo de lucro (...)”, entre cuyas funciones se encuentra la de “Celebrar convenios o contratos con el Gobierno Nacional, departamental o municipal y con otras entidades de carácter público y privado, para la gestión, administración y manejo de programas de inversión e impuestos, normas, controles, prestación de servicios, propaganda y, en general, sobre todo lo que tienda a beneficiar al caficultor”<sup>5</sup>.

Ahora bien, el Capítulo X de la norma en comento, reseña lo concerniente a las elecciones de los Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y Miembros de los Comités Municipales de Cafeteros.

Al respecto, el párrafo del artículo 42 señala que “El Comité Directivo, con razonable anticipación, dictará el reglamento de las elecciones que deban celebrarse en un año determinado, en el cual señalará la fecha de ellas; los procedimientos y términos para la inscripción de candidaturas y listas; los relativos a la impugnación de unas y otras, y a su decisión, así como a la reintegración de las inscripciones, en su caso, aparte de las demás regulaciones que juzgue conveniente introducir para el mejor desarrollo del proceso electoral”.

Asimismo, el artículo 51 *ibidem* establece que, las decisiones que se tomen con base en las normas de dicho estatuto, son apelables ante el Comité Directivo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su divulgación; Comité que dispondrá de 15 días para decidir lo planteado, así:

*“ARTÍCULO 51. Todas las decisiones que, con arreglo a las normas precedentes, corresponden a la Comisión de Escrutinios, son apelables ante el Comité Directivo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su divulgación, que se entenderá hecha mediante fijación en lugar público de las oficinas del Comité Departamental y mediante comunicación a los Comités Municipales de la circunscripción donde surja el conflicto. El Comité Directivo dispone del término de 15 días hábiles, a partir del conocimiento del hecho o del escrito de impugnación, para decidir”.*

<sup>3</sup> Artículo 1º.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Artículo 5, literal d).

## 2.5. Cláusula general de competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo - Artículo 104 del CPACA

En desarrollo de los artículos 236 a 238 de la Constitución, el Legislador ha expedido una serie de normas que buscan definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así pues, el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, en su artículo 82 estableció como factor relevante para determinar la competencia de esta jurisdicción un criterio material o funcional, en el que el juez administrativo conocía de asuntos administrativos, incluidos los particulares en ejercicio de función administrativa, así:

*"ARTÍCULO 82. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.*

*Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional".* (Negrillas fuera de texto).

Este criterio fue ratificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que reiteró íntegramente la anterior disposición.

Posteriormente, con la promulgación de la Ley 1107 de 2006 se redefinió el objeto de la jurisdicción y se replanteó el artículo 82 del C. C. A., toda vez que se optó por el criterio orgánico o subjetivo (entidades públicas), en el que lo determinante era la presencia de una entidad estatal, incluida las entidades mixtas con capital público igual o superior al 50%, superando así el criterio material del Decreto 01 de 1984, referida a las "controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas":

*"Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así: "Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".*

Finalmente, el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo acogió ambos criterios: el material y el orgánico o subjetivo para determinar los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, uniendo en una sola, las fórmulas del Decreto 01 de 1984 y de la Ley 1107 de 2006:

*"ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

*2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*

*3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o bayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de Gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

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

Precisado lo anterior, tenemos en primer lugar, que el artículo 104 del CPACA ha establecido de manera genérica los asuntos que le compete conocer a los jueces administrativos, es pues esta disposición del CPACA, la normativa que contiene los asuntos sobre los que debe resolver esta jurisdicción.

En segundo lugar, como bien lo indica el párrafo de esta disposición, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

## 2.6. Caso concreto

En el caso bajo análisis, el actor considera que es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en específico el Tribunal Administrativo del Tolima quien debe conocer de la acción de nulidad electoral de la referencia, toda vez que, a su juicio, los particulares que ejercen funciones públicas, como la Federación Nacional de Cafeteros someten a esta jurisdicción las controversias y litigios que pudieren surgir con motivo de la actividad desplegada por aquellas en cumplimiento de sus funciones.

Al respecto, advierte la Sala que la **Federación Nacional de Cafeteros**, tal como se expuso en precedencia, **es una entidad de derecho privado** que tiene un procedimiento específico para la elección de sus dirigentes, esto es, de los Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y los Miembros de los Comités

Municipales de Cafeteros.

Los estatutos de esta entidad, particularmente el artículo 42, indica que el Comité Directivo es la autoridad que dicta el reglamento de las elecciones, el procedimiento a seguir y lo relativo a las impugnaciones que se presenten en ocasión de este procedimiento.

En efecto, con base en esta normativa, el Comité Directivo de la Federación Nacional de Cafeteros profirió las Resoluciones No. 01 del 2 de abril de 2014 y 05 del 26 de junio de 2014 “Por la cual se convocan las elecciones cafeteras de 2014 y se dicta su reglamentación” y “Por la cual se reglamentan procedimientos para las elecciones cafeteras 2014” respectivamente.<sup>6</sup>

Asimismo, el artículo 37 la Resolución No. 01 del 2 de abril de 2014 dispuso que “Todas las decisiones que, con arreglo a las normas precedentes, adopte la Comisión de Escrutinios, serán apelables mediante escrito dirigido al Comité Directivo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la publicación del escrutinio. El Comité Directivo decidirá sobre el escrito de impugnación a más tardar el día treinta (30) de septiembre de 2014.”

En virtud de la anterior disposición, el señor Campos Arana realizó diferentes solicitudes a los órganos encargados de vigilar las elecciones celebradas en la Federación así:

El 16 de septiembre de 2014 solicitó a la Comisión de Escrutinios para elección de Miembros del Comité Departamental y Municipal del Comité de Cafeteros del Tolima i) ponerle en conocimiento los resultados electorales definitivos de la elección del Comité Departamental en la Circunscripción de Chaparral;<sup>7</sup> ii) se declarara la nulidad de los votos y del acta de escrutinio con código de barras No. 735041673504 y Código FE-FG-F-0021;<sup>8</sup> iii) se le entregara copia del acta de escrutinios de la mesa de votación No. 6 Gaitán del municipio de Rioblanco;<sup>9</sup> iv) se le entregara copia de las actas de escrutinios de todas las mesas de votación de la Circunscripción de Chaparral;<sup>10</sup> y, v) entregara los documentos de la mesa No. 16 del Maco, del municipio de Ortega<sup>11</sup>.

El 23 de septiembre de 2014 presentó recurso de apelación contra la decisión de la Comisión de Escrutinios del Comité Departamental del Tolima por haber declarado electos a los señores Carlos Sánchez Serrano y José Lisandro Manjarrez Quiñones como Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y Representantes del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, contenido en el acta comisión de

6 Folios 121 a 146 expediente No. 2.

7 Folio 147 expediente No. 2.

8 Folios 148 a 152 expediente No. 2.

9 Folio 153 expediente No. 2.

10 Folio 154 expediente No. 2.

11 Folio 155 expediente No. 2.

escrutinios identificada con el Código FE-FG-F-0031 de 6 de septiembre de 2014<sup>12</sup>.

Ahora bien, conforme a lo expresado en precedencia, esta Sala concluye que la demanda de nulidad electoral presentada por el accionante no es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por las razones que a continuación se explican:

El artículo 104 del CPACA determina los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro de los cuales no se encuentra resolver los conflictos que surjan en el proceso de elecciones de directivas de personas jurídicas de derecho privado como la Federación Nacional de Cafeteros, de conformidad con el artículo 3º de sus estatutos.

Es decir, el presente caso no se trata de un asunto que haya sido encomendado especialmente por la Constitución o la ley a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; además, porque en el conflicto no interviene una entidad pública, en los términos del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

El tema objeto de discusión tiene su propio trámite y procedimiento, el cual se encuentra regulado en los estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros y desarrollado mediante las Resoluciones No. 01 del 2 de abril de 2014 y 05 del 26 de junio de 2014, trámite que como se indicó en precedencia, fue agotado por el accionante.

Entonces, tal agotamiento no lo autoriza para ejercer este medio de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, habida cuenta que dicha Jurisdicción no tiene a su cargo el examen de legalidad y constitucionalidad respecto de tales actuaciones de los particulares.

En efecto, la controversia no se propone en el marco de una relación jurídica establecida por un particular en el ejercicio de funciones administrativas, dado que la Federación Nacional de cafeteros no es particular en ejercicio de función pública, pues si bien excepcionalmente cumple funciones públicas con la administración del Fondo Nacional del Café<sup>13</sup>, lo cierto es que en el marco de la elección acusada, no obraba como tal.

Es decir, debe admitirse que la Federación Nacional de Cafeteros administra, no obstante tener la condición de persona jurídica de derecho privado, unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café, pero debe tenerse en cuenta, así mismo, que la demanda de la referencia no se presentó en el ejercicio o en cumplimiento de funciones desarrolladas por este Fondo.<sup>14</sup> Por las anteriores razones, el auto de 26 de noviembre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante el cual rechazó la demanda por carecer de competencia será confirmado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dispone:

#### RESUELVE

**Primero.** Confirmar el auto de 26 de noviembre de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que rechazó la demanda de la referencia, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo.** En virtud del artículo 168 del CPACA, devuélvase el expediente al *a quo* para que lo remita a la autoridad competente.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidente  
**Susana Buitrago Valencia**  
**Alberto Yepes Barreiro**

<sup>12</sup> Folios 156 a 174 expediente No. 2.

<sup>13</sup> Folio 183.

<sup>14</sup> Sentencia C-308/94.

**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 elementos suficientes para decretarla**

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. 040 de 2014 y 042 del mismo año. Respecto de la publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo No. 040 del 25 de octubre de 2014, el numeral 1º del artículo 4 de esta normativa previó que la publicación del Acuerdo, aprobado por el Consejo Superior, en el *Diario Oficial* se debía realizar en la semana del 15 al 19 de septiembre de 2014, contrario sensu, dicho acuerdo fue publicado en ese diario el 29 de octubre de ese año, esto es, por fuera del término establecido para ello.

Por otra parte, de la publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014, el numeral 16 del Acuerdo No. 040 de 2014 previó que aquella debía realizarse en la semana del 20 al 24 de noviembre de 2014, pero esta se hizo el 3 de diciembre de 2014. Sobre el particular, y conforme a como fue propuesto el cargo, corresponde a la Sala analizar sobre la necesidad de publicación de los precitados acuerdos. Valga la pena aclarar que no solo esta Sección sino también esta Corporación han indicado en repetidas oportunidades que la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto; pero, para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, se erige en presupuesto de validez, lo cual rige para el caso concreto respecto del argumento de ilegalidad que propone el actor contra el Acuerdo 042 de 2014 que designó al demandado como rector de la UPTC no escapa a la Sala que, si bien el acto que se demanda fue publicado “tardíamente” en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación sí se llevó a cabo en el presente caso, toda vez que el 27 de octubre de 2014 la UPTC publicó en la página web de la Universidad, el archivo correspondiente al Acuerdo No. 040 de 2014.

En suma, a pesar de que el Acuerdo No. 040 se publicó tardíamente en el *Diario Oficial*, su divulgación sí se dio, incluso en un medio más eficaz, como lo es la página de la Universidad, a la cual tiene mayor acceso la comunidad que de ella hace parte, es decir, se dio a conocer la etapa inicial del procedimiento que se impuso para llevar a cabo la elección del rector de la UPTC, lo que ocurrió con un mes de antelación a la elección que se demanda, término con el cual para la Sala sí se cumplió el sentido teleológico que la norma persigue.

Por otra parte, advierte la Sala que resultaba imposible la divulgación del Acuerdo No. 040 de 2014 la semana del 15 al 19 de septiembre, en tanto que este se expidió el 25 de octubre de 2014, toda vez que la fecha programada inicialmente fue establecida en el Acuerdo No. 039 del 10 de septiembre de 2014, pero aquel fue modificado posteriormente por el Acuerdo 040 de 2014. Así pues, para la Sala es razonable que

dicha publicación en el *Diario Oficial* se hiciera 4 días después de la fecha en que se expidió el acuerdo en cuestión, esto es, el 29 de octubre de 2014. Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

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

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

Actor: Carlos Julio Martínez Becerra

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014 “*Por medio del cual se designa rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018*”; y, (ii) la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En ejercicio de la acción electoral (artículo 139 del CPACA) el señor Carlos Julio Martínez Becerra interpuso demanda contra el Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014 que declaró la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia —en adelante UPTC—. Adicionalmente, a título de medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Impugnó la legalidad del referido acto ya que, a su juicio el proceso de elección del demandado se encuentra viciado de irregularidades insubsanables que ameritan declarar su nulidad.

**2. Inadmisión de la demanda**

Mediante auto de 2 de febrero de 2015 el Despacho inadmitió la demanda en consideración a que: i) no se formularon cargos contra el acto acusado; y, ii) no se precisó el concepto o sentido de la violación.

Se le otorgó al demandante un término de tres (3) días a fin de que la corrigiera.

**3. El escrito de corrección de la demanda**

Dentro del término concedido para el efecto, el señor Carlos Julio Martínez Becerra presentó escrito con el que corrigió

la demanda, en el que complementó el acápite de normas violadas y concepto de violación.

Asimismo, invocó como causal de anulación la contenida en el artículo 137 del CPACA, consistente en que el acto acusado "baya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse".

## I. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

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

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

### 2. Sobre la admisión de la demanda

De cara al escrito de corrección de la demanda, compete al Despacho pronunciarse sobre su admisión.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, la pretensión fue formulada de manera clara y precisa, narra los hechos que la fundamenta, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, solicita y anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y obra en el expediente copia del acto acusado, contenido en el Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014 que declaró la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la UPTC (fs. 21-22).

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que indica:

*"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al*

*de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.*

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

En efecto, el acto acusado se publicó el 3 de diciembre de 2014<sup>1</sup> y la demanda se presentó el 23 de enero de 2015, esto es, dentro de los 30 días hábiles<sup>2</sup> siguientes a la emisión de aquel.

Por lo expuesto, la demanda se admitirá.

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

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

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

<sup>1</sup> Según constancia de publicación emitida por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional.

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: "En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)".

### 3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

3.2.1. El escrito en el cual el demandante solicitó la **suspensión provisional del acto acusado**, visible a folios 15-20 del expediente indica que con la expedición del Acuerdo No. 042 de 2014 se vulneraron los artículos 2, 13, 40 y 209 Superior; 3, 11, 12, y 65 de la Ley 1437 de 2011; 1º del Código Electoral; el Acuerdo 040 del 25 de octubre de 2014; y, el Acuerdo 008 del 12 de marzo de 2014.

Sobre la violación de dichas normas señaló, por una parte, que *“los Acuerdos 040 y 042 del Consejo Superior Universitario de la UPTC se publicaron por fuera de las fechas establecidas dentro de sus mismos reglamentos internos, con lo cual se vulneró el principio de publicidad.”*

Por otra parte, respecto de la vulneración del artículo 11 del CPACA, adujo que se manifestaba de la siguiente forma: i) el numeral primero porque *“los cinco Consejeros que votaron la reelección tenían este interés”*; ii) el numeral segundo, toda vez que *“Aquilino Rondón como miembro del CSU fue el principal promotor de la reelección e hizo aprobar el Acuerdo 008 de 2014”*; iii) el numeral 8 porque *“el Rector y los cinco consejeros que le votaron eran amigos”*; iv) del numeral 11 se limitó a transcribirlo; v) sobre el numeral 15 explicó que *“es el caso de Javier Parra, Decano de la FESAD, a quien el rector reelecto le hizo un contrato de Decano y por ello le devolvió el favor”*; y, vi) del numeral 16 señaló que *“a excepción del estudiante, los cinco reelectores que votaron la reelección del rector Alvarez, votaron el acuerdo 008 que aprobó reelección.”*

Respecto a la vulneración del artículo 12 *ibídem* argumentó que *“esta preceptiva fue inobservada por los consejeros recusados, como Israel Romero y en general los cinco consejeros que apoyaron al rector reelecto, pues no remitieron el expediente a la Procuraduría, sino que motu proprio las resolvieron, transgrediendo la norma palmariamente.”*

Igualmente, consideró violentado el artículo 3 del Acuerdo 040 de 2014, sobre el que manifestó que varios candidatos denunciaron la vulneración de dicho precepto en las que se demuestran que *“el reelecto se prevaleció de su calidad de Rector para inclinar la balanza en su favor de manera indebida.”*

Sobre el parágrafo del artículo 1º del Acuerdo 008 del 12 de marzo de 2014 adujo que *“el Rector electo no era exrector, sino rector en propiedad. Aquí el Comité Electoral por medio de su vocera (la presidenta del mismo) llegó al extremo el día 2 de octubre de 2014 de interpretar por vía de autoridad esta norma, cuando*

*según la Constitución, la Ley y la jurisprudencia no tenía esa potestad. Según la sentencia de 8 de febrero de 2007, Sección Quinta, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sólo el Congreso y la Corte Constitucional tienen esa Facultad, jamás un Comité Electoral, ni un Consejo Superior Universitario. Esta falla ya la había cometido el mismo Comité Electoral, junto con el Comité de Personal Docente y la Oficina Jurídica de la UPTC en oficio de septiembre 29 de 2014 en el cual le dijo al Consejo Superior Universitario que Gustavo Alvarez, el actual rector, no tenía inhabilidad alguna y cumplía los requisitos del Acuerdo 066 de 2005.”*

Y, finalmente, respecto de los artículos 2, 13 y 40 de la Constitución solicitó *“se aplique la excepción de inconstitucionalidad, pues los electores habilitados pueden votar más de una vez (como docentes de planta, trabajadores, egresados y estudiantes a la vez). En igual forma, deberá advertirse que por vía de excepción de inconstitucionalidad en las consultas solo podrán votar los habilitados una vez, y no como esta vez ocurrió donde muchas personas votaron dos, tres y hasta cuatro veces. Igualmente, se establece que podrán votar los trabajadores por contrato, temporales u OPS, cualquiera sea su vinculación con la UPTC, así como los profesores ocasionales y catedráticos y los egresados de programas en Convenios. Todos los habilitados deberían recibir en sus correos oportunamente las hojas de vida y los programas de los candidatos legalmente inscritos. Sólo el candidato – rector pudo acceder a las bases de datos con correos electrónicos casi diarios ora presentando sus propuestas, ora agradeciendo (que lo favorecieron ampliamente).”*

#### 3.2.2. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 12 de febrero de 2015, el Consejero Ponente ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional de la elección de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la UPTC, al demandado, al Consejo Superior Universitario -en adelante CSU- de la UPTC y al Ministerio Público, y les concedió el término de tres (3) días para que expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida.

3.2.3. **El demandado**, actuando por intermedio de apoderado judicial, indicó que basta con la lectura del escrito de la solicitud de medida cautelar para advertir que el demandante se limitó a: i) enunciar y transcribir una serie de normas que califica como infringidas por el acto acusado; y, ii) aseverar la ocurrencia de algunos hechos que considera irregulares. Pero, a su juicio, no cumplió con la carga procesal de probar lo enunciado.

Adujo que el hecho de que una publicación se haga en fecha distinta a la inicialmente programada nada dice acerca de la vigencia del principio de publicidad que considera vulnerado

el accionante; y, que, contrario a lo afirmado por este, los acuerdos sí se publicaron.

Adujo que lo que pretendía el demandante era argüir que la publicación de los acuerdos 040 y 042 se produjo en fecha distinta a la inicialmente programada, lo que generó inaceptables efectos sobre derechos de terceros; pero, no señaló dichos efectos ocasionados con la tardía publicación y las normas que lo consagran.

Argumentó que las normas de impedimentos señaladas como vulneradas: i) se refieren al conocimiento previo de un asunto concreto y particular, y lo cierto es que la elección del rector no se había tratado antes por el CSU; ii) el actor se limitó a realizar afirmaciones desprovistas de cualquier respaldo probatorio; iii) ningún impedimento puede edificarse a partir de la existencia de una relación de prestación de servicios; y, iv) de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado,<sup>3</sup> no concurre el presupuesto que habilita la competencia de la Procuraduría cuando el recusado no tiene superior jerárquico.

Señaló que al proponer una posible nulidad del acto acusado por cuanto el rector electo no era ex rector, sino rector en propiedad, lo que hace el demandante es proponer una interpretación acerca del alcance de la norma que indica como violada, pero, la discusión pertinente sobre dicho alcance y acerca de cuál ha de ser la interpretación adecuada será objeto de debate en la sentencia.

Finalmente, concluyó que de la confrontación del acto con las normas superiores que el demandante invoca como violadas no resulta posible tener por presente su infracción.

**3.2.4. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado**, indicó que la solicitud de medida cautelar no está llamada a prosperar por cuanto la petición no está debidamente sustentada.

Para el efecto señaló que al solicitante se le impone una carga y es que cuando solicite esta medida cautelar, le ha de indicar al juez la norma o normas que se han transgredido y además una sustentación debida, es decir, la expresión sería, adecuada y suficiente de las razones mediante las cuales se explique los motivos por los cuales considera que ha sido violada la ley y que por ello se impone el decreto de la medida cautelar.

Argumentó que el demandante realiza una formulación vaga y abstracta de los motivos por los cuales considera que el acto acusado debe ser suspendido en sus efectos, y, algunos de los enunciados no tienen relación con una causal de nulidad de los actos, pues se trata de vicios que no afectan la validez de los mismos.

### 3.3. Caso concreto

El actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, fundamentó la medida precautelar, en el desconocimiento de la siguiente normativa:

Artículo 65<sup>4</sup> de la Ley 1437 de 2011, toda vez que *"los Acuerdos 040 y 042 del Consejo Superior Universitario de la UPTC se publicaron por fuera de las fechas establecidas dentro de sus mismos reglamentos internos, con lo cual se vulneró el principio de publicidad."*

Numerales 1, 2, 8, 11, 15 y 16 del artículo 11<sup>5</sup> de la Ley 1437 de 2011. El primero de ellos, porque a su juicio, *"los cinco Consejeros que votaron la reelección tenían este interés"*; el numeral toda vez que *"Aquilino Rondón como miembro del CSU fue el principal promotor de la reelección e hizo aprobar el Acuerdo 008 de 2014"*; el numeral 8 puesto que *"el Rector y los cinco consejeros que le votaron eran amigos"*; del numeral 11 se limitó a transcribirlo sin esgrimir argumentos en los que

4 Artículo 65. **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.

5 **Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación.** Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. (...)

después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado. (...)

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración. (...)

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

3 Radicado No. 2011-0005200. M. P. Susana Buitrago Valencia. 10 de agosto de 2012.

basara su inconformidad; del numeral 15 explicó que “es el caso de Javier Parra, Decano de la FESAD, a quien el rector reelecto le hizo un contrato de Decano y por ello le devolvió el favor”; y, por último del numeral 16 señaló que “a excepción del estudiante, los cinco reelectores que votaron la reelección del rector Alvarez, votaron el acuerdo 008 que aprobó reelección.”

Artículo 12<sup>6</sup> de la Ley 1437 de 2011 respecto del que indicó que “esta preceptiva fue inobservada por los consejeros recusados, como Israel Romero y en general los cinco consejeros que apoyaron al rector reelecto, pues no remitieron el expediente a la Procuraduría, sino que motu proprio las resolvieron, transgrediendo la norma palmariamente.”

Artículo 3 del Acuerdo 040 de 2014 del CSU de la UPTC<sup>7</sup> sobre el cual adujo que “varios candidatos suscribieron cartas al CSU de la UPTC denunciando la violación a este precepto (como Javier Guerrero, Orlando Vergel, entre otros). Hay denuncias de aspirantes como Javier Guerrero y Orlando Vergel que demuestran que el reelecto se prevaleció de su calidad de rector para inclinar la balanza en su favor de manera indebida.”

Numerales 1<sup>8</sup> y 16<sup>9</sup> del artículo 4 del Acuerdo 040 de 2014. Sobre esta normativa, transcribió parcialmente su contenido, mas no explicó las razones de su inconformidad; y del artículo 8<sup>10</sup> *ibidem* señaló que “No se hizo dentro de los plazos fijados por los Acuerdos”

6 Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.

7 “El Rector candidato, durante el proceso de designación de rector de la Universidad, no podrá:

1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas propias de la Institución.

2. Referirse a su campaña y a los demás candidatos en sus presentaciones públicas como Rector.

3. Utilizar bienes de la Universidad en actividades de su campaña.”

8 Publicación del Acuerdo aprobado por el Consejo Superior en el diario oficial. Semana del 15 al 19 de septiembre de 2014. Responsable: Secretaría General. Norma: Ley 1437 de 2011 artículos 65 y 66.”

9 “Publicación del Acuerdo de designación del Acuerdo de Rector en el Diario Oficial: del 20 al 24 de Noviembre de 2014. Responsable: Secretaría General. Norma: Ley 1437 de 2011 artículos 65 y 66, y el Acuerdo No. 066 de 2005, parágrafo del Artículo 17.”

10 “Ordenar la publicación del presente Acuerdo, en el diario oficial, así como en los medios de comunicación institucionales”.

Parágrafo del artículo 1<sup>o</sup> del Acuerdo 008 del 12 de marzo de 2014<sup>11</sup> pues en su parecer “el Rector electo no era exrector, sino rector en propiedad. Aquí el Comité Electoral por medio de su vocera (la presidenta del mismo) llegó al extremo el día 2 de octubre de 2014 de interpretar por vía de autoridad esta norma, cuando según la Constitución, la Ley y la jurisprudencia no tenía esa potestad.”

Artículos 2<sup>12</sup>, 13<sup>13</sup>, 40<sup>14</sup> de la Constitución, para lo cual pidió “se aplique la excepción de inconstitucionalidad, pues los electores habilitados pueden votar más de una vez (como docentes de planta, trabajadores, egresados y estudiantes a la vez). En igual forma, deberá advertirse que por vía de excepción de inconstitucionalidad en las consultas solo podrán votar los habilitados una vez, y no como esta vez ocurrió donde muchas personas votaron dos, tres y hasta cuatro veces. Igualmente, se establece que podrán votar los trabajadores por contrato, temporales u OPS, cualquiera sea su vinculación con la UPTC, así como los profesores ocasionales y catedráticos y los egresados de programas en Convenios. Todos los habilitados deberían recibir en sus correos oportunamente las hojas de vida y los

11 “El aspirante que haya sido Rector en propiedad, podrá ser elegido nuevamente basta por una sola vez, por el periodo establecido en el presente artículo.”

12 Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

13 Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

14 Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

*programas de los candidatos legalmente inscritos. Sólo el candidato – rector pudo acceder a las bases de datos con correos electrónicos casi diarios ora presentando sus propuestas, ora agradeciendo (que lo favorecieron ampliamente).”*

Allega como sustento probatorio de lo anterior, entre otros, los siguientes documentos:

Estatutos de la UPTC - Acuerdo 066 del 25 de octubre de 2005. (fls. 36 a 60)

Acuerdo No. 008 del 12 de marzo de 2014 “*Por el cual se modifican los Artículos 16, 22, 25 y 40, y se deroga el literal e), del Artículo 19, del Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - Acuerdo No. 066 de 2005*” (fls. 61 y 62)

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.212 del 14 de julio de 2014 en el que se publicó la anterior normativa (fls. 63 y 64).

Acuerdo No. 039 del 10 de septiembre 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. 65 a 67).

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.282 del 22 de septiembre de 2014 en el que se publicó la anterior normativa (fls. 68 y 69)

Acuerdo No. 040 del 25 de octubre 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. 70 a 72).

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.319 del 29 de octubre de 2014 en el que se publicó la anterior normativa (fls. 73 y 74).

Acuerdo No. 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*” (fls. 77 a 81).

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.332 del 11 de noviembre de 2014 en el que se publicó la anterior normativa. (fls. 82 a 84)

Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014 “*Por medio del cual se designa rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018*” (fls. 21 y 22).

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.354 del 3 de diciembre de 2014 en el que consta la publicación del acuerdo anterior (fl. 93).

En ese orden corresponde a la Sala analizar si se presentan las infracciones manifestadas por el señor Martínez Becerra, para lo cual se analizarán los cargos propuestos de la siguiente manera:

### 3.4. Publicación de los Acuerdos 040 y 042 del CSU de la UPTC

Expuso el demandante en el escrito de solicitud de medida cautelar que “*es claro que los Acuerdos 040 y 042 del Consejo Superior Universitario de la UPTC se publicaron por fuera de las fechas establecidas dentro de sus mismos reglamentos internos, con lo cual se vulneró el principio de publicidad*”.

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. 040 de 2014 y 042 del mismo año.

Respecto de la publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo No. 040 del 25 de octubre de 2014, el numeral 1º del artículo 4 de esta normativa previó que la publicación del Acuerdo aprobado por el Consejo Superior en el *Diario Oficial* se debía realizar en la semana del 15 al 19 de septiembre de 2014, *contrario sensu*, dicho acuerdo fue publicado en ese diario el 29 de octubre de ese año, esto es, por fuera del término establecido para ello<sup>15</sup>.

Por otra parte, de la publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014, el numeral 16 del Acuerdo No. 040 de 2014 previó que aquella debía realizarse en la semana del 20 al 24 de noviembre de 2014, pero esta se hizo el 3 de diciembre de 2014.

Sobre el particular, y conforme a como fue propuesto el cargo, corresponde a la Sala analizar sobre la necesidad de publicación de los precitados acuerdos.

Para efectos de lo anterior, se tomará en consideración lo establecido en artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que fue esta norma que indicó, el accionante, como violada y que guarda relación con el vicio propuesto contra el acto de elección acusado.

Sea lo primero advertir que el ámbito de aplicación del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable “*a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes*

15 28 días antes de la elección del demandado.

*del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.*

Ahora bien, el cargo de la demanda se centra en la publicación tardía, tanto del acto que estableció el cronograma para designar rector de la UPTC, como de aquel que declaró la elección.

Valga la pena aclarar que no solo esta Sección sino también esta Corporación han indicado en repetidas oportunidades<sup>16</sup> que la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto; pero, para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, se erige en presupuesto de validez, lo cual rige para el caso concreto respecto del argumento de ilegalidad que propone el actor contra el Acuerdo 042 de 2014 que designó al demandado como rector de la UPTC.

Aclarado lo anterior, se tiene que 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 ha[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”*<sup>17</sup>.

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”*<sup>18</sup>; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, y que hacen referencia a personas determinadas individualmente.

De esta manera, dependiendo del tipo de acto administrativo, la ley ha instituido la forma en que las decisiones deben ser conocidas por sus destinatarios, para dar cabal cumplimiento a la obligación de publicidad. Así, los actos administrativos de contenido general siguen la regla de publicación a que se refiere el artículo 65 del CPACA, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del mismo código, *“los actos administrativos de carácter particular [y 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 materia electoral, los actos de elección distintos a los de voto popular y los de nombramiento y llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto según lo reza el parágrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que si bien el Acuerdo No. 040 de 2014, mediante el cual el CSU de la UPTC determinó el cronograma para la elección del rector de dicha institución, no es un acto administrativo que diera por finalizado el procedimiento electoral aludido, es decir, no tiene el carácter de ser un acto definitivo, lo cierto es que es **dicho acto es de trámite y, a su vez, de carácter general**.

En efecto, tal determinación administrativa corresponde a un acto: (i) de trámite que constituye la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no decide el fondo del asunto ni hace imposible continuarlo<sup>20</sup>, es decir, solo pretende dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) es de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

16 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 18 de diciembre de 1997, contra Director de Catastro Municipal de Cali. Rad. 11001-03-24-000-2006-00037-00 (acumulados); sentencia del 22 de marzo de 2011. M. P. María Elizabeth García González, contra Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

17 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.

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

19 Literal a) del numeral 2 del Artículo 164 CPACA.

20 Sobre el particular, ver auto de 12 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00032-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

En consecuencia, al Acuerdo No. 040 de 2014 le es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA Para la Sala, es claro que la finalidad de la publicación de dicho acto, era la de que cualquier persona interesada en la elección del cargo de rector de la UPTC conociera y, eventualmente, participara del procedimiento electoral aludido.

Debe entenderse que el objetivo que se persigue no es la mera publicación de los actos administrativos por el solo hecho de cumplir con tal requisito, sino que verdaderamente su contenido pueda ser conocido por la comunidad en general y le permitan su participación activa.<sup>21</sup>

En este contexto no escapa a la Sala que, si bien el acto que se demanda fue publicado "tardíamente" en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación sí se llevó a cabo en el presente caso, toda vez que el 27 de octubre de 2014 la UPTC publicó en la página web de la Universidad,<sup>22</sup> el archivo correspondiente al Acuerdo No. 040 de 2014.

En suma, a pesar de que el Acuerdo No. 040 se publicó tardíamente en el *Diario Oficial*, su divulgación sí se dio, incluso en un medio más eficaz, como lo es la página de la Universidad, a la cual tiene mayor acceso la comunidad que de ella hace parte, es decir, se dio a conocer la etapa inicial del procedimiento que se impuso para llevar a cabo la elección del rector de la UPTC, lo que ocurrió con un mes de antelación a la elección que se demanda, término con el cual para la Sala sí se cumplió el sentido teleológico que la norma persigue.

Por otra parte, advierte la Sala que resultaba imposible la divulgación del Acuerdo No. 040 de 2014 la semana del 15 al 19 de septiembre, en tanto que este se expidió el 25 de octubre de 2014, toda vez que la fecha programada inicialmente fue establecida en el Acuerdo No. 039 del 10 de septiembre de 2014, pero aquel fue modificado posteriormente por el Acuerdo 040 de 2014. Así pues, para la Sala es razonable que dicha publicación en el *Diario Oficial* se hiciera 4 días después de la fecha en que se expidió el acuerdo en cuestión, esto es, el 29 de octubre de 2014.

Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

### 3.5. Del conflicto de interés y causales de impedimentos que confluían en el Consejo Superior de la UPTC para elegir al demandado.

El accionante en el escrito de solicitud de medida cautelar hace alusión a los numerales 1, 2, 8, 11, 15 y 16 del artículo 11 de la

Ley 1437 de 2011 y al artículo 12 *ibidem*. Los cuales considera vulnerados así: i) el primero de ellos, porque a su juicio, "los cinco Consejeros que votaron la reelección tenían este interés"; ii) del numeral segundo expresó que aquel se vulneraba toda vez que "Aquilino Rondón como miembro del CSU fue el principal promotor de la reelección e hizo aprobar el Acuerdo 008 de 2014"; iii) del numeral 8 adujo que "el Rector y los cinco consejeros que le votaron eran amigos"; iv) del numeral 11 se limitó a transcribirlo, sin esgrimir argumentos en los que basara su inconformidad; v) del numeral 15 explicó que "es el caso de Javier Parra, Decano de la FESAD, a quien el rector reelecto le hizo un contrato de Decano y por ello le devolvió el favor"; y, vi) del numeral 16 señaló que "a excepción del estudiante, los cinco reelectores que votaron la reelección del rector Alvarez, votaron el acuerdo 008 que aprobó reelección."

Encuentra la Sala que, a pesar de que el accionante aportó al proceso una serie de documentos tales como el acta de posesión como Decano de la Facultad de Estudios a Distancia de la UPTC del señor Javier Parra<sup>23</sup> y un contrato de prestación de servicios suscrito entre la UPTC y la señora Angela María Romero Bohórquez<sup>24</sup>, lo cierto es que al analizar dichos documentos, no se evidencian suficientes elementos de juicio que permitan elucubrar sobre una hipotética irregularidad en la designación de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector de la UPTC.

### 3.6. De la vulneración de los Acuerdos 040 y 008 de 2014 proferidos por el Consejo superior de la UPTC

Sobre la vulneración del Acuerdo 040 de 2014, el accionante expuso que "varios candidatos suscribieron cartas al CSU de la UPTC denunciando la violación a este precepto (como Javier Guerrero, Orlando Vergel, entre otros). Hay denuncias de aspirantes como Javier Guerrero y Orlando Vergel que demuestran que el reelecto se prevalió de su calidad de rector para inclinar la balanza en su favor de manera indebida."

De conformidad con lo expuesto por el demandante, y de los escritos que allegó al plenario en los que constan varias peticiones<sup>25</sup> tendientes a que no se declarara la elección del señor Gustavo Alvarez por irregularidades en el proceso de elección, para la Sala es claro que, con fundamento en estas pruebas, con las que se pretende demostrar una supuesta irregularidad en las reglas de expedición del acto acusado, la Sala no puede dar por cierto las aseveraciones hechas por el actor.

Lo anterior, toda vez que el solo hecho de presentar una petición ante las autoridades administrativas de la UPTC, por sí solas, dichas peticiones no constituyen una prueba contundente respecto de los hechos que desea probar el demandante, esto es, que el demandado en ejercicio de sus funciones como

21 Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. (E): Alberto Yepes Barreiro. 19 de marzo de 2015. Radicación: 2015-0005. Actor: Ministerio de Educación. Demandado: Jaime Alberto Leal Afanador - Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD) Nulidad Electoral - Auto Admisorio con Suspensión Provisional.

22 Folio 86 del expediente.

23 Folio 165.

24 Folios 166 y 167.

25 Folios 176 a 195.

rector en propiedad, aprovechó tal situación para apalancar su candidatura como futuro rector.

Finalmente, respecto de la vulneración del párrafo del artículo 1º del Acuerdo 008 del 12 de marzo de 2014 que establece “*El aspirante que haya sido Rector en propiedad, podrá ser elegido nuevamente hasta por una sola vez, por el periodo establecido en el presente artículo*” pues a juicio del actor “*el Rector electo no era exrector, sino rector en propiedad. Aquí el Comité Electoral por medio de su vocera (la presidenta del mismo) llegó al extremo el día 2 de octubre de 2014 de interpretar por vía de autoridad esta norma, cuando según la Constitución, la Ley y la jurisprudencia no tenía esa potestad.*”

Pues bien, la tesis que formula el actor parte de una afirmación: que la norma transcrita indica inequívocamente que quien sea ex rector de la UPTC puede ser elegido nuevamente, no así, quien al momento de expedirse la normativa en comento funja como rector en propiedad.

Así pues, la argumentación del accionante apunta a que se acepte que como el demandado ocupaba el cargo de rector en el momento en que se establecieron las reglas para elegir rector de la UPTC, no podía postularse para ser reelegido en tal cargo, pues debía figurar como ex rector y no como rector en propiedad a ese momento.

Ahora bien, bajo un análisis distinto respecto de la norma que invoca el actor como vulnerada, también se podría establecer que la finalidad de la norma es permitir que quien hubiese fungido como rector hasta antes de realizarse la nueva designación podría postularse al cargo.

Por lo anterior, no le es posible a la Sala en un primer momento decretar la medida cautelar, pues la duda que surge entorno a la interpretación de la norma impide a la Sala llegar a la convicción de que existe una violación a dicha disposición y, consecuentemente, sea procedente decretar la medida cautelar.

En este punto encuentra la Sala además, que el análisis que plantea la solicitud de suspensión provisional implica un examen exhaustivo por parte de este juez de una tesis que se desprende de la interpretación que hace el actor del contenido del párrafo del artículo 1º del Acuerdo 008 de 2014, tarea que escapa al control que la Sección puede realizar en este momento procesal para la declaratoria de una medida de control cautelar, la cual se realizará al momento de dictar el fallo en el proceso de la referencia.

### 3.7. De la vulneración de los artículos 2, 13 y 40 de la Constitución

Sobre este aspecto, el actor pidió “*se aplique la excepción de inconstitucionalidad, pues los electores habilitados pueden votar más de una vez (como docentes de planta, trabajadores, egresados y estudiantes a la vez). En igual forma, deberá advertirse que por vía de excepción de inconstitucionalidad*

*en las consultas solo podrán votar los habilitados una vez, y no como esta vez ocurrió donde muchas personas votaron dos, tres y hasta cuatro veces. Igualmente, se establece que podrán votar los trabajadores por contrato, temporales u OPS, cualquiera sea su vinculación con la UPTC, así como los profesores ocasionales y catedráticos y los egresados de programas en Convenios. Todos los habilitados deberían recibir en sus correos oportunamente las bojas de vida y los programas de los candidatos legalmente inscritos. Solo el candidato-rector pudo acceder a las bases de datos con correos electrónicos casi diarios ora presentando sus propuestas, ora agradeciendo (que lo favorecieron ampliamente)*”.

Sobre las anteriores afirmaciones realizadas por el demandante, la Sala precisa que en este momento procesal, no es posible advertir la presunta irregularidad que este propone, máxime si del acervo probatorio con el que en la actualidad se cuenta no se permite desvirtuar la presunción de legalidad que se predica de la elección demandada.

Lo anterior es así, toda vez que no se cuentan con elementos probatorios que permitan inferir que en las consultas realizadas al interior de la UPTC para elegir rector votaron más de una vez quienes estaban habilitados para ello; o que solo el candidato rector tuvo acceso a las bases de datos de los correos electrónicos de los votantes para divulgar su hoja de vida o programa de elección y que por esa razón se vio favorecido en su elección.

Demostrar la existencia del hecho que soporta la solicitud de suspensión provisional es una carga que 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.<sup>26</sup>

Por lo expuesto se,

### III. RESUELVE

**Primero. Admitir** la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Carlos Julio Martínez Becerra contra la designación de GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rector de la UPTC, por lo que se dispone:

**1. Notificar** a GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rector de la UPTC, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA Para el efecto, se comisiona al Tribunal Administrativo de Boyacá. Por Secretaría librese despacho comisorio al 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. Notificar** personalmente al Consejo Superior Universitario de la UPTC, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. Susana Buitrago Valencia. 5 de febrero de 2015. Electoral - Auto que resuelve solicitud de medida cautelar y admite la demanda. Radicado No. 2014-00141-00. Demandante: Astrid Castellanos Correcha. Demandados: Gustavo Orlando Álvarez Álvarez.

artículo 277 del CPACA, para el efecto, se comisiona al Tribunal Administrativo de Boyacá.

**3. Notificar** personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

**5. Notificar** por estado a la parte actora.

**6. Informar** a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.

**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, periodo 2015-2018".*

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Susana Buitrago Valencia**

Aclaración de Voto

**Alberto Yepes Barreiro**

## ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Tiene norma especial que no señala el traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales

(...) procedo a indicar las razones por las cuales no comparto que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato.

Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso. Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera. (...) las anteriores razones son suficientes para fundamentar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

## ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue admitida la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y, simultáneamente, negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

De entrada advierto que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido en que fueron dictadas las decisiones antes señaladas por la Sala el pasado 26 de marzo de 2015, pues las comparto plenamente, sino con el trámite que a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado le imprimió el Magistrado Ponente del auto, respecto del cual tengo objeciones en la medida en que no se compadece con el establecido en la normativa que lo regula.

Debo también señalar en este punto que, siendo claro el objeto de aclaración, es esta la oportunidad para manifestar mis observaciones respecto al procedimiento previo adelantado por el Consejero Ponente, pues previamente las decisiones fueron adoptadas en Sala unipersonal en las que desde luego los demás miembros de la Sección no participamos.

Establecidas las anteriores cuestiones, procedo a indicar las razones por las cuales no comparto que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Para empezar debo indicar que el soporte de tales actuaciones judiciales antes de resolver la medida cautelar lo encuentra

el Magistrado, doctor Alberto Yepes Barreiro, en que es en garantía del derecho de defensa y contradicción, especialmente del demandado, que se “*comuniquen*” los fundamentos de la medida cautelar.

Pues bien, no obstante comprendo las razones de orden garantista que da el Consejero Ponente para sustentar su decisión, ya que yo misma las acojo con similar fin en el trámite de los recursos de apelación que se formulan en contra de las providencias con las que son decididas en primera instancia las solicitudes de suspensión provisional, asunto sobre el que me pronunciaré más adelante; no las comparto tratándose del procedimiento a seguir una vez es formulada la petición con la demanda, simultáneamente o en escrito aparte, pues en tal momento procesal la resolución de la petición de medida cautelar en materia electoral cuenta con un desarrollo especial y diferente al ordinario, como procederé a explicar.

En la tradición legal colombiana la medida cautelar de **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**<sup>1</sup> es la que ha tenido lugar cuando se trata de actos electorales cuya legalidad es cuestionada en el proceso especial electoral. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se incluyeron varias alternativas distintas a la de “*Suspensión Provisional*”<sup>2</sup>, las cuales se clasificaron según su naturaleza preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama<sup>3</sup> y que operan no solo para los procesos ordinarios, sino que además, se hicieron extensibles para la protección

de derechos colectivos a través de acciones populares<sup>4</sup> y de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela<sup>5</sup>.

Así las cosas, debo resaltar que para el trámite de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ya desde la vigencia del Código Contencioso Administrativo, el Legislador había dado un trato diferente en el procedimiento de esta medida cautelar para los eventos en que la solicitud estuviese dirigida a censurar actuaciones de las autoridades electorales.

Esto por cuanto la naturaleza de la acción de nulidad electoral, de carácter pública, permite que cualquier persona, actuando en interés general, pueda solicitar la nulidad de los actos electorales, sea con el propósito de esclarecer la forma en que se realizó una elección o para determinar si los lineamientos fijados en la Constitución y la Ley fueron obedecidos. Consecuentemente, es en virtud del mandato contenido en el párrafo del artículo 264 de la Constitución Política<sup>6</sup>, según el cual la jurisdicción contencioso administrativa debe decidir la acción de nulidad electoral en el término máximo de 1 año, o en el de 6 meses para los casos que se tramitan en un proceso de única instancia, que el Legislador estableció un proceso especial cuyo objeto es determinar, a la mayor brevedad, la legalidad de los actos.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de

1 Tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo- y luego en la Carta de 1886, 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. Actualmente la Constitución Política lo consagra en el artículo 238 que dice: “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

2 “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).

3 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.

4 Se advierte que su procedencia ya se había establecido desde la Ley 472 de 1998, normativa que confirió al juez la potestad de decretar, de oficio o a solicitud de parte debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (art. 25).

5 Procedencia reconocida desde el Decreto-Ley 2591 de 1991, que en su artículo 7° estableció la adopción de “medidas provisionales”, cuando el “juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho”, caso en el cual “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”. Así mismo, el juez podrá de oficio o a petición de parte: “dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”. Dicha normativa en su artículo 8°, determinó la posibilidad de ejercer simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio y las acciones contencioso administrativas a que hubiere lugar, permitiendo además, que el juez constitucional, de estimarlo procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo, respecto de la situación jurídica concreta cuyo amparo se solicita.

6 Dice la norma: “Artículo 264. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 1 de 2003. 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.

Parágrafo. 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.”(negrillas fuera del texto).

los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato. Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control<sup>7</sup>, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*<sup>8</sup>.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda<sup>9</sup>, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso<sup>10</sup>.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

A esta altura vale la pena indicar que son estas mismas características de la solicitud de suspensión provisional en el

7 Para tener claridad al respecto, acudir al artículo 164 del CPACA.

8 Así lo establece el último inciso del artículo 277 del CPACA, el cual indica que la solicitud de suspensión provisional se ha de resolver con el auto admisorio de la demanda.

9 Sucede diferente en el proceso ordinario pues la solicitud de las medidas cautelares, en general, puede hacerse desde la presentación de la demanda en cualquier estado del proceso y deberán ser tramitadas cuando se acompaña con la demanda. Su trámite es así: se correrá traslado en forma simultánea con el auto que la admite, y se concederá un término de 5 días a la parte demandada, para que se pronuncie. Y luego se resolverá dentro de los 10 días siguientes.

Por su parte, cuando la solicitud de la medida se presente dentro del proceso, la Secretaría dará traslado al Despacho en los términos del artículo 108 del C. P. C., y el traslado a la contraparte se hará por el término de 5 días vencidos los cuales, se decidirá dentro de los 10 días siguientes.

10 Dice el artículo 276 del CPACA: "Trámite de la demanda. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.

Contra el auto que rechaza 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."

proceso electoral, las que, guardando las diferencias procesales pertinentes, fueron incorporadas por el Legislador al abanico de posibilidades con las que cuenta el juez en los procesos ordinarios, al consagrar las denominadas medidas cautelares de urgencia<sup>11</sup>.

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera.

Ahora bien, como advertí en precedencia, cuando se trata del trámite de los recursos de apelación que se interpongan en contra del auto con el cual se resuelve la suspensión provisional en primera instancia, mi criterio coincide con el del Consejero, doctor Alberto Yepes, pues así como lo indiqué en providencia previa a aquella de 27 de marzo de 2014<sup>12</sup>, con la cual la Sala decidió el recurso de apelación formulado por el accionante contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto fechado el 23 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del numeral 2º del Decreto 1858 de 29 de agosto de 2013 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se nombró "... en interinidad al doctor Alonso Hurtado Gómez, (...), como Notario Primero del Círculo de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, mientras se realiza el respectivo concurso"; con el ánimo de "respetar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales" es prudente en esa oportunidad procesal correr traslado del escrito de apelación que presentó el actor a los demandados así como al Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Sección.

Como sustento de tal decisión en ese auto fechado el 25 de febrero de 2014, expuse entre otros los siguientes argumentos:

"(...)

En este punto, resulta imprescindible para el Despacho advertir que si bien la suspensión provisional solicitada con la demanda electoral se decide en el auto admisorio y sin correr traslado de la petición, lo que significa que

11 Dice el artículo 234 del CPACA: "Medidas cautelares de urgencia. 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."

12 Rad. 7600123300020130131601. Actor: Oscar Rodríguez Baquero. Ddo: Notario Primero de Palmira. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

el demandado no tiene oportunidad de oponerse a los argumentos de la solicitud, pues por la naturaleza de esta acción electoral debe tener un trámite célere y fallarse en los términos que establece la Constitución Política en el parágrafo del artículo 264 ; lo cierto es que tal situación no es óbice para que se traslade el escrito de apelación durante el trámite de la segunda instancia, pues: i) el desarrollo del proceso electoral no se ve interrumpido por la apelación del auto con el que se resolvió la medida cautelar, ya que continúa ante el juez de conocimiento; ii) la demanda ha sido admitida por el juez; y, iii) los sujetos procesales, especialmente la parte demandada tiene derecho a ejercer su defensa, sea porque se trata de la autoridad que expidió el acto o porque es quien fue designado o elegido.

En vista de lo anterior, el Despacho considera primordial que durante el trámite del recurso de apelación que se ha formulado en contra del auto que decidió la solicitud de suspensión provisional del acto cuya nulidad se demanda, y a pesar de que no exista norma que así lo disponga en el CPACA, el demandado pueda intervenir para ejercer su derecho de defensa, pues de esta forma se respetan y protegen los derechos fundamentales de los sujetos procesales, incluido los del Ministerio Público que también fue notificado del auto admisorio.

Así las cosas, considera el Despacho que ante la posibilidad de apelar el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, sea que este acceda o no a ello, y por inexistencia de norma en el CPACA que se ajuste concretamente al trámite de los procesos electorales en los eventos acá analizados, es a partir de garantizar el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política que, previa decisión del recurso por la Sala de la Sección Quinta, se debe correr traslado del escrito de impugnación a la parte demandada para que ejerza su derecho de defensa.

(...)"

En tal providencia de 25 de febrero de 2014, también puse en evidencia diferencias propias del trámite de las medidas cautelares en el procedimiento ordinario y en el especial electoral, que hacían imposible aplicar las disposiciones generales para el caso de aquellas de naturaleza electoral que se adelantaran en segunda instancia. Al respecto se indicó en la decisión en cita:

"(...)

No obstante, el Despacho advierte que por la especialidad del trámite de los procesos electorales, en particular porque la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado se profiere en auto donde simultáneamente se decide la admisión de

la demanda, se hace imposible que cualquiera de las normas examinadas [haciendo referencia a las relacionadas con las medidas cautelares y aquellas de los recursos ordinarios,] se ajuste por completo a la situación que ahora nos ocupa, lo que significa que, en los términos del artículo 296 del CPACA, no resultan ser compatibles con el trámite de los procesos electorales.

Lo anterior, porque de un lado la normativa que rige el trámite de las medidas cautelares no prevé la apelación como recurso en contra de la decisión con la cual se negó la petición de suspensión provisional y tampoco indica el trámite para los casos en que a tal solicitud se accedió; y del otro, porque el trámite de los recursos de apelación en contra de las decisiones judiciales susceptibles de ello, establece el traslado del escrito de impugnación antes de que el juez de primera instancia lo conceda, evento de difícil consecución en materia electoral, en la medida en que la admisión de la demanda es notificada por estado al actor y personalmente al demandado, de manera que es probable que para el momento en que, como en este caso, el apelante presentó el recurso de alzada, el accionado aún no haya sido notificado del auto con el que fue aceptada la demanda, por lo tanto, tampoco se le podría correr traslado del escrito toda vez que no ha sido vinculado formalmente al proceso.

El escenario descrito permite evidenciar la falta de claridad y el vacío normativo existente para tramitar los recursos de apelación formulados en contra de las providencias con las cuales son decididos las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos electorales.

(...)"

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para fundamentar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

## ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA SUSANA BUITRAGO VALENCIA

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Las medidas cautelares de los procesos ordinarios no pueden ser extensivas para este trámite especial

Aunque compartí el sentido de la decisión contenida en el auto que admitió la demanda y resolvió sobre la solicitud de suspensión provisional en el sentido de negarla, estimo necesario explicar las razones que me llevaron a aclarar mi voto, así: 1. Se explica en el acápite 3.2.2 del auto, denominado “Traslado de la solicitud de suspensión provisional” que el Consejero Ponente de manera previa a resolver la solicitud de suspensión de los efectos del acto acusado, dispuso comunicar tal petición al elegido quien funge como demandado, al Consejo Superior Universitario y al Ministerio Público, para que “expusieran sus consideraciones” en un término de tres (3) días.

A partir de esta decisión es que surge la necesidad de reafirmar mi postura, relativa a que la norma especial que regula el trámite de la medida cautelar en la acción electoral, esto es, el último inciso del artículo 277 del CPACA, no establece que se deba comunicar o correr traslado al demandado, o a las autoridades que expidieron o intervinieron en la adopción del acto acusado ni al ministerio público, para efectos de resolver la suspensión provisional. Y aunque dicho traslado si está previsto en el artículo 233 del CPACA, que contiene las reglas para el estudio de las medidas cautelares procedentes en los demás procesos ordinarios que se tramitan ante esta jurisdicción, no pueden ser extensivas para este trámite de carácter especial, en observancia del inciso final del artículo 277 *ibidem*.

De la anterior normativa se puede concluir que: i) el legislador no estableció previamente ningún traslado para decidir la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado en la acción de nulidad electoral, ii) no tiene cabida de ser solicitada en cualquier estado del proceso, solo con la demanda o en escrito separado siempre y cuando se presente antes de que se admita, iii) su definición debe adoptarse en “el mismo auto admisorio” y, iv) la competencia para su pronunciamiento está a cargo de la Sala como lo preceptúa el 277 del CPACA y no del ponente. Estas claras diferencias tornan en inviable la orden de traslado en este proceso. 2. Es necesario también precisar que aunque el auto señala en el acápite correspondiente a las generalidades de la solicitud de suspensión provisional que la misma está sometida entre otras a la exigencia de “que así lo pida la actora en la demanda o con escrito anexo a la misma” ha de entenderse que su presentación en este trámite especial opera incluso hasta antes de que se admita, así ya lo definió esta Sala en otros asuntos a su cargo. Las anteriores precisiones sustentan mi posición frente a la decisión del proceso de la referencia que compartí, pero bajo este entendimiento.

## ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015).

Aunque compartí el sentido de la decisión contenida en el auto que admitió la demanda y resolvió sobre la solicitud de suspensión provisional en el sentido de negarla, estimo necesario explicar las razones que me llevaron a aclarar mi voto, así:

Se explica en el acápite 3.2.2 del auto, denominado “Traslado de la solicitud de suspensión provisional” que el Consejero Ponente de manera previa a resolver la solicitud de suspensión de los efectos del acto acusado, dispuso comunicar tal petición al elegido quien funge como demandado, al Consejo Superior Universitario y al Ministerio Público, para que “expusieran sus consideraciones” en un término de tres (3) días.

A partir de esta decisión es que surge la necesidad de reafirmar mi postura, relativa a que la norma especial que regula el trámite de la medida cautelar en la acción electoral, esto es, el último inciso del artículo 277 del CPACA, no establece que se deba comunicar o correr traslado al demandado, o a las autoridades que expidieron o intervinieron en la adopción del acto acusado ni al ministerio público, para efectos de resolver la suspensión provisional.

Y aunque dicho traslado si está previsto en el artículo 233 del CPACA, que contiene las reglas para el estudio de las medidas cautelares procedentes en los demás procesos ordinarios que se tramitan ante esta jurisdicción, no pueden ser extensivas para este trámite de carácter especial, en observancia del inciso final del artículo 277 *ibidem*. Las normas en comento son del siguiente tenor:

**“Artículo 233<sup>1</sup>. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.**

**EL JUEZ O MAGISTRADO PONENTE AL ADMITIR LA DEMANDA, EN AUTO SEPARADO, ORDENARA CORRER TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR PARA QUE EL DEMANDADO SE PRONUNCIE SOBRE ELLA EN ESCRITO SEPARADO DENTRO DEL TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.**

*Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. [...].*

<sup>1</sup> Esta norma está contenida en el “Capítulo XI Medidas cautelares”.

*El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada. [...]*

*Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso."*

*"Artículo 277<sup>2</sup>. 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 RESOLVERA 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.*

De la anterior normativa se puede concluir que: i) el legislador **no** estableció previamente ningún traslado para decidir la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto

acusado en la acción de nulidad electoral, **ii) no** tiene cabida de ser solicitada en cualquier estado del proceso, solo con la demanda o en escrito separado siempre y cuando se presente antes de que se admita, **iii)** su definición debe adoptarse en "el mismo auto admisorio" y, **iv)** la competencia para su pronunciamiento está a cargo de la Sala como lo preceptúa el 277 del CPACA y no del ponente.

Estas claras diferencias tornan en inviable la orden de traslado en este proceso.

2. Es necesario también precisar que aunque el auto señala en el acápite correspondiente a las generalidades de la solicitud de suspensión provisional que la misma está sometida entre otras a la exigencia de "que así lo pida la actora en la demanda o con escrito anexo a la misma" ha de entenderse que su presentación en este trámite especial opera incluso hasta antes que se admita, así ya lo definió esta Sala en otros asuntos a su cargo.

Las anteriores precisiones sustentan mi posición frente a la decisión del proceso de la referencia que compartí, pero bajo este entendimiento.

Atentamente,

**Susana Buitrago Valencia**  
Consejera de Estado

<sup>2</sup> Esta norma está contenida en el "TÍTULO VIII. Disposiciones Especiales para el Trámite y Decisión de las Pretensiones de Contenido Electoral".

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Admisión de la demanda contra el acto de elección del Rector de la Universidad Pedagógica Nacional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección**

La accionante solicitó la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en lo expresado en la demanda, justificó la medida precautelante en el desconocimiento de los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 65 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que dichas leyes ordenan a las entidades, incluidas las autónomas como es el caso de la Universidad Pedagógica Nacional, a publicar sus actos administrativos generales en el *Diario Oficial*. En el caso bajo estudio, a juicio de la actora, tanto el acto enjuiciado como el Acuerdo No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018" no fueron publicados.

La Sala entonces analizará si los documentos aportados acreditan debidamente la supuesta infracción de las normas indicadas como violadas por la actora, esto es, si los Acuerdos no se publicaron en el *Diario Oficial*. Respecto de la publicación de los actos administrativos particulares como el Acuerdo 015 del 12 de junio de 2014 que designó al demandado como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de este tipo de actos constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez. Aunado a lo anterior, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, observa la Sala que al plenario fue allegada copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.431 del 20 de febrero de 2015, en el que se publicó el Acuerdo No. 015 de 2014, de forma que, la supuesta irregularidad alegada por la demandante fue probada en contrario, es decir, para la Sección, no hay duda de que dicha publicación, contrario a lo alegado por la actora, sí tuvo lugar.

De otro lado, la Sala encuentra que si bien el Acuerdo No. 010 de 2014, mediante el cual el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional estableció el cronograma para la elección del Rector de dicha institución es de incidencia general, no es un acto administrativo que diera por finalizado el procedimiento electoral aludido. Es decir, no tiene el carácter de ser un acto definitivo, sino de trámite y, a su vez, de carácter general. En efecto, tal determinación administrativa corresponde a un acto: (i) de trámite que constituye la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no decide el fondo del asunto ni hace imposible continuarlo, es decir, solo pretende dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) es de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda. En consecuencia, al Acuerdo No. 010 de 2014 le es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA.

La Sala no puede pasar por alto el hecho de que la finalidad de la publicación de este Acuerdo es que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la Universidad Pedagógica Nacional conociera y, eventualmente, participara en el procedimiento electoral aludido. En este contexto se advierte que, si bien el Acuerdo 010 de 2014 en principio no fue publicado en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación se llevó a cabo el 13 de abril de 2014 en el diario *El Tiempo*. Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00

Actor: Natalia Calderón Páez

Demandado: Universidad Pedagógica Nacional

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo No. 015 del 12 de junio de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018"; y, (ii) la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. La demanda**

En ejercicio de la acción electoral (artículo 139 del CPACA), la señora Natalia Calderón Páez interpuso demanda contra el Acuerdo No. 015 del 12 de junio de 2014 que declaró la elección del señor Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional. Adicionalmente, a título de medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Como sustento de su demanda, la parte actora señaló que la elección del demandado vulneró el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y el preámbulo y los artículos 1º y 209 de la Constitución, al no publicarse en el *Diario Oficial* los Acuerdos No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018" y 015 del 12 de junio de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018".

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de la elección demandada, por lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del CPACA y el numeral 4 del artículo 149 del mismo estatuto<sup>1</sup>.

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

### 2. Sobre la admisión de la demanda

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166 *ibidem*, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, la pretensión fue formulada de manera clara y precisa, narra los hechos que la fundamenta, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y obra en el expediente copia del acto acusado, contenido en el Acuerdo No. 015 del 12 de junio de 2014 que declaró la elección del señor Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional (fl. 14).

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que indica:

*"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.*

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

En efecto, el acto acusado se publicó el 20 de febrero de 2015 y la demanda se presentó el 7 de abril de 2015, esto es, dentro de los 30 días hábiles<sup>2</sup> siguientes a la emisión de aquel.

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

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

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

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

### 3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

3.2.1. El escrito en el cual la demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, visible a folio 8 del expediente, indica que *"es evidente y confiesa la transgresión de las normas de mayor jerarquía invocadas<sup>3</sup> toda vez que no se publicó la convocatoria en el Diario Oficial"*.

Sobre la procedencia de la suspensión de los efectos del acusado señaló que *"aparece presente del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, esto es, de la respuesta al derecho de petición del SECRETARIO GENERAL de la Universidad."*

<sup>1</sup> Según el artículo 4 del Acuerdo 035 del 13 de diciembre de 2005 "por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad Pedagógica Nacional", el carácter de Nacional de la Universidad Pedagógica Nacional "radica en su compromiso de pensar la educación y de contribuir al desarrollo educativo y cultural de las diferentes regiones del país desde una perspectiva de Nación".

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: "En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)"

<sup>3</sup> La Sala evidencia que la accionante realiza una remisión al concepto de violación de la demanda.

Por otra parte, adujo que “en el presente caso, efectuado el análisis de confrontación de los actos demandados con estas disposiciones, y estudiadas las pruebas documentales allegadas con la demanda, se advierte la desconformidad del ACUERDO 015 de 2014 con la normatividad.”

### 3.2.2. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 10 de abril de 2015, el Consejero Ponente ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional de la elección de Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, al demandado, al Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica Nacional y al Ministerio Público, y les concedió el término de tres (3) días para que expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida.

3.2.3. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, indicó que la solicitud de medida cautelar no está llamada a prosperar por cuanto del material probatorio hasta ahora recaudado no se puede establecer la vulneración de las normas invocadas como infringidas en la demanda.

Argumentó que si bien la demandante allega copia de un correo electrónico donde al parecer el Secretario General de la Universidad Pedagógica Nacional le responde un derecho de petición donde se indica que no se ha realizado publicación en el *Diario Oficial*, dicho documento no es prueba idónea de la inexistencia de la publicación aludida, pues del mismo no se puede concluir eficazmente que: i) haya sido suscrito por esta autoridad, ii) la persona que lo suscribe es quien dice ser; o iii) el correo del cual se remite pertenece fehacientemente al Secretario General de la Universidad.

Concluyó que la copia de lo que parece ser un comunicado del Ministerio de Educación Nacional en donde se indica que dicha entidad solicitó la revocatoria del acto administrativo por medio del cual se establecía el reglamento para designar Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, por su falta de publicación en el *Diario Oficial*, no da certeza de lo allí afirmado, toda vez que lo allegado al plenario es la impresión de lo que probablemente es un comunicado de prensa publicado en la página web del Ministerio, más no es una certificación que haga esta autoridad, ni se sabe quién lo firma o suscribe, es decir, no existe veracidad de lo que allí se pretende informar.

3.2.4. La Universidad Pedagógica Nacional, mediante apoderado judicial, indicó que el proceso de designación de Rector de esa Institución está reglamentado por el Acuerdo No. 035 de 2005 “Por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad pedagógica Nacional”, y no en el Acuerdo 010 de 2014, como erróneamente lo considera la demandante.

Adujo que si el acto administrativo demandado es el Acuerdo No. 015 de 2014, resulta desacertado que una de las razones para solicitar la suspensión provisional sea que “no se publicó la convocatoria” contenida en el Acuerdo No. 10 de 2014, pues esta no es una norma de carácter general sino que se trata del desarrollo de lo reglado en el artículo 20 del Acuerdo No. 035 de 2005, norma general y superior que contempla el procedimiento para la designación de Rector de la Universidad.

Argumentó que la demandante además de no exponer las razones que justifiquen la procedencia de la suspensión provisional del acto acusado, tampoco comparó la norma superior -i.e. el Acuerdo 035 de 2005- con el Acuerdo No. 015 de 2014, toda vez que dicha comparación la realizó con el Acuerdo No. 010 de ese mismo año, acto que no reglamenta la designación de Rector de la Institución sino que, específicamente, determina la convocatoria para el periodo 2014-2018.

Finalmente, señaló que: i) se realizó la publicación del cronograma que definía el procedimiento para la elección de Rector de la Institución en el periódico El Tiempo, el 13 de abril de 2014, con lo que se garantizó su divulgación a efectos de que quienes estuvieran interesados en participar en la convocatoria así lo hicieran; y, ii) el acto demandado, contrario a lo afirmado por la actora, sí fue publicado en el *Diario Oficial* en la edición 49.431 del viernes 20 de febrero de 2015. Para corroborar su dicho aportó la respectiva constancia de publicación.

### 3.2.5. El demandado guardó silencio.

## 3.3. Caso concreto

La accionante solicitó la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en lo expresado en la demanda<sup>4</sup>, justificó la medida precautelar en el desconocimiento de los artículos 119<sup>5</sup> de la Ley 489 de 1998 y 65<sup>6</sup> de la Ley 1437 de 2011,

4 Para la Sala, como se advirtió, en el capítulo de la sustentación de la medida cautelar, existe una remisión a los fundamentos de la demanda.

5 Artículo 119. 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 objetadas 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.

6 Artículo 65. 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.

toda vez que dichas leyes ordenan a las entidades, incluidas las autónomas como es el caso de la Universidad Pedagógica Nacional, a publicar sus actos administrativos generales en el *Diario Oficial*. En el caso bajo estudio, a juicio de la actora, tanto el acto enjuiciado como el Acuerdo No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018" no fueron publicados.

Además, en su parecer, se vulneró el preámbulo de la Constitución y su artículo 1º, los cuales suponen "centralización política, unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional."

La señora Calderón Páez puso de presente el fallo proferido por esta Sección el 25 de octubre de 2007 en el que se declaró la nulidad de la elección del Rector del Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional (INFOTEP), en el que se indicó:

*"El ordenamiento constitucional Colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración, y si así lo deciden, activen su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (Art. 40 C.P), interponiendo las acciones legales en su contra, para la defensa del ordenamiento jurídico. Todo ello, sin duda, contribuye a hacer más transparente el proceder de la administración."*

Los documentos relevantes que obran en el expediente se relacionan a continuación:

Acuerdo No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018" (fls. 10 a 13)

Acuerdo No. 015 del 12 de junio de 2014 "Por el cual

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.

*se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018". (fl. 14)*

Impresión de un mensaje electrónico en el que presuntamente el Secretario General de la Universidad Pedagógica Nacional contestó derecho de petición a la señora Natalia Calderón:

"Rv: Respuesta - Derecho de Petición (2014ER10650)

El Sábado 3 de enero de 2015 21:25, Natalia calderón paez

<nataliacp91@yahoo.com> escribió:

El Martes, 30 de diciembre, 2014 11:21:40, Helberth Augusto Choacá González

<hchoachi@pedagogica.edu.co> escribió:

Bogotá, 29 de Diciembre de 2014

Señora

**Natalia Calderón Páez**

Teléfono: 3214633176

Dirección: Calle 91 B Nº 60ª - 45

Bogotá, Cundinamarca

[nataliacp91@yahoo.com](mailto:nataliacp91@yahoo.com)

**Asunto:** Respuesta - Derecho de Petición 2014ER10650

Respetada,

En atención al derecho de petición radicado el 09 de diciembre de 2014, (2014ER10650), dirigido a la Rectoría de la Universidad Pedagógica Nacional, se procede a dar respuesta a su solicitud en los siguientes términos:

1. "Se me informe si la convocatoria o el cronograma de elección del proceso en el que resultó designado Rector fue publicado en el Diario Oficial. Cualquiera que sea la respuesta, se me informe el sustento jurídico...".

De acuerdo a lo anterior, se informa que no se realizó publicación en el Diario Oficial. Sin embargo el soporte jurídico de la decisión de las directivas a lo establecido en la ley 30 de 1992 y en los acuerdos 035 de 2005 y 010 de 2014 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica Nacional.

2. "Solicito copia del Acuerdo en el que se aprobó el cronograma o convocatoria y constancia de pago de su publicación en el Diario Oficial..." y en el punto tres establece "Solicito copia del Acuerdo en el que se designó como Rector y la constancia de pago de la publicación..."

Se informa que en el Acuerdo 011 del 02 de abril de 2014 fijó el calendario para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional periodo 2014-2018; y el Acuerdo 015 del 12 de junio de 2014 realizó la designación del Rector.

La anterior normatividad puede ser consultada y descargada en la siguiente dirección, <http://www.pedagogica.edu.co/buscadornormativo>.

Por otra parte las copias de las constancias de pago de las publicaciones conforme a los procedimientos establecidos normativamente en la Universidad Pedagógica Nacional pueden ser reclamados en la oficina de caja menor, ubicada en la calle 72 N° 11-86, Edificio P, primer piso de la ciudad de Bogotá, a partir del 26 de enero de 2015, periodo en el cual finalizan las vacaciones colectivas de los funcionarios de la universidad.

En consideración entiéndase dada la respuesta por la Universidad Pedagógica Nacional al Derecho de petición con radicación (2014ER10650) de fecha 09 de diciembre de 2014.

Cordial saludo,

Helberth Choachi

Secretario General". (Fls. 15 y 16).

Impresión de un comunicado del Ministerio de Educación Nacional, respecto de vicios acaecidos en el proceso de elección del Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD (fl. 17)

Copia de noticia periodística publicada en el diario El Tiempo titulada "Autonomía universitaria: por qué sí". (fls. 18 y 19)

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 46.129 del 21 de diciembre de 2005, en el que se publicó el Acuerdo No. 035 de 2005 "Por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad pedagógica Nacional". (Fls. 55 a 60)

Fotocopia de una página del diario El Tiempo del 13 de abril de 2014 en el que se observa publicación titulada "REGLAMENTO Y CALENDARIO DESIGNACIÓN RECTOR 2014-2018" de la Universidad Pedagógica Nacional. (Fl. 63)

Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.431 del 20 de febrero de 2015, en el que se publicó el Acuerdo No. 015 de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018". (Fls. 64 y 65)

La Sala entonces analizará si los anteriores documentos acreditan debidamente la supuesta infracción de las normas indicadas como violadas por la actora, esto es, si los Acuerdos No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018" y 015 del 12 de junio de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018" no se publicaron en el *Diario Oficial*.

**De la supuesta falta de publicación del Acuerdo 015 del 12 de junio de 2014 proferido por el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional, es decir, de aquel a través del cual se efectuó la elección del actual rector de dicha institución.**

Respecto de la publicación de los actos administrativos particulares como el Acuerdo 015 del 12 de junio de 2014 que designó al demandado como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de este tipo de actos constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez<sup>7</sup>.

Lo anterior encuentra soporte normativo en el artículo 72 del CPACA, que dispone<sup>8</sup>:

**"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".

Aunado a lo anterior, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, folios 64 y 65, observa la Sala que al plenario fue allegada copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.431 del 20 de febrero de 2015, en el que se publicó el Acuerdo No. 015 de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018", de forma que, la supuesta irregularidad alegada por la demandante fue probada en contrario, es decir, para la Sección, no hay duda de que dicha publicación, contrario a lo alegado por la actora, sí tuvo lugar.

7 Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 29 de mayo 2014. Radicación No.: 11001-03-28-000-2011-00059-00. Actor: Hernando José Daza Plata. Demandado: Instituto de Formación Técnica Profesional (INFOTEP) - De San Juan del Cesar - La Guajira.

8 Si bien la norma se refiere a "notificación" de providencias, esta es aplicable al caso concreto, pese a que los actos electorales de carácter particular no se notifica sino que se publica.

**De la supuesta falta de publicación del Acuerdo 010 del 2 de abril de 2014 proferido por el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional.**

Sea lo primero advertir que el ámbito de aplicación del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 cubre "a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades".

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 ha[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".

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"<sup>9</sup>; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, y que hacen referencia a personas determinadas individualmente.

De esta manera, dependiendo del tipo de acto administrativo, la ley ha instituido la forma en que las decisiones deben ser conocidas por sus destinatarios, para dar cabal cumplimiento a la obligación de publicidad. Así, los actos administrativos de contenido general siguen la regla de publicación en el *Diario Oficial* a que se refiere el artículo 65 del CPACA, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos

66 y 67 del mismo código, "los actos administrativos de carácter particular [y 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 materia electoral, a excepción de los actos de elección de voto popular, los actos (nombramiento, llamamiento, elección de cuerpo colegiado) deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto según lo reza el párrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad<sup>11</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que si bien el Acuerdo No. 010 de 2014, mediante el cual el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional estableció el cronograma para la elección del Rector de dicha institución es de incidencia general, no es un acto administrativo que fuera por finalizado el procedimiento electoral aludido. Es decir, no tiene el carácter de ser un acto definitivo, sino **de trámite y, a su vez, de carácter general.**

En efecto, tal determinación administrativa corresponde a un acto: (i) de trámite que constituye la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no decide el fondo del asunto ni hace imposible continuarlo<sup>12</sup>, es decir, solo pretende dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) es de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

En consecuencia, al Acuerdo No. 010 de 2014 le es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA. La Sala no puede pasar por alto el hecho de que la finalidad de la publicación de este Acuerdo es que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la Universidad Pedagógica Nacional conociera y, eventualmente, participara en el procedimiento electoral aludido.

En este contexto se advierte que, si bien el Acuerdo 010 de 2014 en principio no fue publicado en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación se llevó a cabo el 13 de abril de 2014 en el diario *El Tiempo*.

Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

Por lo expuesto se,

**III. RESUELVE**

**Primero. Admitir** la demanda de nulidad electoral promovida por la señora Natalia Calderón Páez contra la designación

9 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.

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

11 Literal a) del numeral 2 del Artículo 164 CPACA.

12 Sobre el particular, ver auto de 12 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00032-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

de ADOLFO LEÓN ATEHORTÚA CRUZ como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, por lo que se dispone:

**1. Notificar** a ADOLFO LEÓN ATEHORTÚA CRUZ, Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

**2. Notificar** personalmente al Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

**3. Notificar** personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

**5. Notificar** por estado a la parte actora.

**6. Informar** a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.

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

**Segundo. No decretar** la suspensión provisional del Acuerdo No. 015 de 2014 *“Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2015-2018”*.

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

## ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Tiene norma especial que no señala el traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales

No comparto las razones por las que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes. Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato.

Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado

lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera. (...) las anteriores razones son suficientes para fundamentar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

### PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales

El fallo frente al cual aclaro mi voto, plantea frente al Acuerdo No. 010 de 2014 -mediante el cual el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional estableció el reglamento para designar al Rector de dicha institución- que es un acto, de conformidad con sus características que tiene doble condición, es de trámite y a su vez de carácter general, y que por esta última característica se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 del CPACA con lo que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo frente a la conclusión relacionada con que la finalidad de la publicación de este acuerdo es que cualquier persona interesada en la elección del cargo la conociera y eventualmente participara en el procedimiento electoral aludido, y en este caso específico, aunque no fue publicado en el *Diario Oficial*, se llevó a cabo en el diario El Tiempo, no se dan los elementos para suspender el acto de elección, considero respetuosamente hacer las siguientes precisiones:

a. El artículo 65 del CPACA es claro y no admite interpretación diferente: los actos generales (no se distingue entre actos de trámite o definitivos) de las entidades del orden nacional no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*, sin embargo, si por fuerza mayor no es posible hacerlo se da la opción de cumplir con dicho requisito con la publicación en un medio masivo de comunicación eficaz.

b. La jurisprudencia de esta Sección ha estudiado en múltiples oportunidades el tema y ha considerado que la publicación en un medio masivo de comunicación no supe el requisito de publicación en el *Diario Oficial*. De igual manera, esta Sección ha considerado que la falta de publicación del acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, y se constituye en requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, esto es, el posterior acto de elección, se erige en presupuesto de validez.

Entonces, si bien es cierto en el caso concreto no se cumplió con el requisito de publicación en el *Diario Oficial* establecido en el artículo 65 del CPACA, del acto general que da inicio al proceso electoral es al momento de estudiar el fondo del asunto, esto es en la sentencia, que se debe analizar si esta carencia del requisito afectó o no la validez del posterior acto de elección, ya que, tal como lo indiqué en reiteradas oportunidades, esta Sección ha señalado que, con la publicación en otro medio, no puede tenerse por satisfecho el requisito y el acto de carácter particular que se expida con fundamento en un acto general que no ha sido publicado en el *Diario Oficial* no es válido.

### ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue admitida la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector Universidad Pedagógica Nacional, y simultáneamente, negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

De entrada advierto que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido en que fueron dictadas las decisiones antes señaladas por la Sala el pasado 19 de mayo de 2015, pues las comparto, sino con el (i) trámite que a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado le imprimió el Magistrado Ponente del auto, respecto del cual tengo objeciones en la medida en que considero, no se compadece con el establecido en la normativa que lo regula y, (ii) la obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales.

#### (i) Trámite dado a la solicitud de suspensión provisional

No comparto las razones por las que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Para empezar debo indicar que el soporte de tales actuaciones judiciales antes de resolver la medida cautelar lo encuentra el Magistrado Ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro, en que es en garantía del derecho de defensa y contradicción, especialmente del demandado, que se “*comunique*” los fundamentos de la medida cautelar.

Pues bien, no obstante comprendo las razones de orden garantista que da el Consejero Ponente para sustentar su decisión, ya que yo misma las acojo con similar fin en el trámite de los recursos de apelación que se formulan en contra de las providencias con las que son decididas en primera instancia

las solicitudes de suspensión provisional, asunto sobre el que me pronunciaré más adelante; no las comparto tratándose del procedimiento a seguir una vez es formulada la petición con la demanda, simultáneamente o en escrito aparte, pues en tal momento procesal la resolución de la petición de medida cautelar en materia electoral cuenta con un desarrollo especial y diferente al ordinario, como procederé a explicar.

En la tradición legal colombiana la medida cautelar de **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**<sup>1</sup> ha tenido lugar cuando se trata de actos electorales cuya legalidad es cuestionada en el proceso especial electoral. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se incluyeron varias alternativas distintas a la de “*Suspensión Provisional*”<sup>2</sup>, las cuales se clasificaron según su naturaleza preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama<sup>3</sup> y que operan no solo para los procesos ordinarios, sino que además, se hicieron extensibles para la protección de derechos colectivos a través de acciones populares<sup>4</sup> y de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela<sup>5</sup>.

1 Tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo- y luego en la Carta de 1886, 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. Actualmente la Constitución Política lo consagra en el artículo 238 que dice: “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

2 “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).

3 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.

4 Se advierte que su procedencia ya se había establecido desde la Ley 472 de 1998, normativa que confirió al juez la potestad de decretar, de oficio o a solicitud de parte debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (art. 25).

5 Procedencia reconocida desde el Decreto – Ley 2591 de 1991, que en su artículo 7° estableció la adopción de “MEDIDAS PROVISIONALES”, cuando el “juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho”, caso en el cual “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”. Así mismo, el juez podrá de oficio o a petición de parte: “dictar cualquier medida de conservación o seguridad

Así las cosas, debo resaltar que para el trámite de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ya desde la vigencia del Código Contencioso Administrativo, el Legislador había dado un trato diferente en el procedimiento de esta medida cautelar para los eventos en que la solicitud estuviese dirigida a censurar actuaciones de las autoridades electorales.

Esto por cuanto la naturaleza de la acción de nulidad electoral, de carácter pública, permite que cualquier persona, actuando en interés general, pueda solicitar la nulidad de los actos electorales, sea con el propósito de esclarecer la forma en que se realizó una elección o para determinar si los lineamientos fijados en la Constitución y la Ley fueron obedecidos. Consecuentemente, es en virtud del mandato contenido en el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política<sup>6</sup>, según el cual la jurisdicción contencioso administrativa debe decidir la acción de nulidad electoral en el término máximo de 1 año, o en el de 6 meses para los casos que se tramitan en un proceso de única instancia, que el Legislador estableció un proceso especial cuyo objeto es determinar, a la mayor brevedad, la legalidad de los actos.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato. Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control<sup>7</sup>, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en

cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan incipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*<sup>8</sup>.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda<sup>9</sup>, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso<sup>10</sup>.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

A esta altura vale la pena indicar que son estas mismas características de la solicitud de suspensión provisional en el proceso electoral, las que, guardando las diferencias procesales pertinentes, fueron incorporadas por el Legislador al abanico de posibilidades con las que cuenta el juez en los procesos ordinarios, al consagrar las denominadas medidas cautelares de urgencia<sup>11</sup>.

encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso". Dicha normativa en su artículo 8°, determinó la posibilidad de ejercer simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio y las acciones contencioso administrativas a que hubiere lugar, permitiendo además, que el juez constitucional, de estimarlo procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo, respecto de la situación jurídica concreta cuyo amparo se solicita.

6 Dice la norma: "Artículo 264. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 1 de 2003. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un periodo 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. Parágrafo. 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." (negrillas fuera del texto).

7 Para tener claridad al respecto, acudir al artículo 164 del CPACA.

8 Así lo establece el último inciso del artículo 277 del CPACA, el cual indica que la solicitud de suspensión provisional se ha de resolver con el auto admisorio de la demanda.

9 Sucede diferente en el proceso ordinario pues la solicitud de las medidas cautelares, en general, puede hacerse desde la presentación de la demanda en cualquier estado del proceso y deberán ser tramitadas cuando se acompaña con la demanda. Su trámite es así: se correrá traslado en forma simultánea con el auto que la admite, y se concederá un término de 5 días a la parte demandada, para que se pronuncie. Y luego se resolverá dentro de los 10 días siguientes.

Por su parte, cuando la solicitud de la medida se presente dentro del proceso, la Secretaría dará traslado al Despacho en los términos del artículo 108 del C. P. C., y el traslado a la contraparte se hará por el término de 5 días vencidos los cuales, se decidirá dentro de los 10 días siguientes.

10 Dice el artículo 276 del CPACA: "Trámite de la demanda. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.

Contra el auto que rechaza 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."

11 Dice el artículo 234 del CPACA: "Medidas cautelares de urgencia. 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."

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera.

Ahora bien, como advertí en precedencia, cuando se trata del trámite de los recursos de apelación que se interpongan en contra del auto con el cual se resuelve la suspensión provisional en primera instancia, mi criterio coincide con el del Consejero, doctor Alberto Yepes Barreiro, pues así como lo indiqué en providencia previa a aquella de 27 de marzo de 2014<sup>12</sup>, con la cual la Sala decidió el recurso de apelación formulado por el accionante contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto fechado el 23 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del numeral 2º del Decreto 1858 de 29 de agosto de 2013 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se nombró “...en interinidad al doctor Alonso Hurtado Gómez (...), como Notario Primero del Círculo de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, mientras se realiza el respectivo concurso”; con el ánimo de “respetar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales” es prudente en esa oportunidad procesal correr traslado del escrito de apelación que presentó el actor a los demandados así como al Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Sección.

Como sustento de tal decisión en ese auto fechado el 25 de febrero de 2014, expuse entre otros los siguientes argumentos:

“(...)

En este punto, resulta imprescindible para el Despacho advertir que si bien la suspensión provisional solicitada con la demanda electoral se decide en el auto admisorio y sin correr traslado de la petición, lo que significa que el demandado no tiene oportunidad de oponerse a los argumentos de la solicitud, pues por la naturaleza de esta acción electoral debe tener un trámite celer y fallarse en los términos que establece la Constitución Política en el párrafo del artículo 264; lo cierto es que tal situación no es óbice para que se traslade el escrito de apelación durante el trámite de la segunda instancia, pues: i) el desarrollo del proceso electoral no se ve interrumpido por la apelación del auto con el que se resolvió la medida cautelar, ya que continúa ante el juez de conocimiento; ii) la demanda ha sido admitida

por el juez; y, iii) los sujetos procesales, especialmente la parte demandada tiene derecho a ejercer su defensa, sea porque se trata de la autoridad que expidió el acto o porque es quien fue designado o elegido.

En vista de lo anterior, el Despacho considera primordial que durante el trámite del recurso de apelación que se ha formulado en contra del auto que decidió la solicitud de suspensión provisional del acto cuya nulidad se demanda, y a pesar de que no exista norma que así lo disponga en el CPACA, el demandado pueda intervenir para ejercer su derecho de defensa, pues de esta forma se respetan y protegen los derechos fundamentales de los sujetos procesales, incluido los del Ministerio Público que también fue notificado del auto admisorio.

Así las cosas, considera el Despacho que ante la posibilidad de apelar el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, sea que este acceda o no a ello, y por inexistencia de norma en el CPACA que se ajuste concretamente al trámite de los procesos electorales en los eventos acá analizados, es a partir de garantizar el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política que, previa decisión del recurso por la Sala de la Sección Quinta, se debe correr traslado del escrito de impugnación a la parte demandada para que ejerza su derecho de defensa.

(...)

En tal providencia de 25 de febrero de 2014, también puse en evidencia diferencias propias del trámite de las medidas cautelares en el procedimiento ordinario y en el especial electoral, que hacían imposible aplicar las disposiciones generales para el caso de aquellas de naturaleza electoral que se adelantaran en segunda instancia. Al respecto se indicó en la decisión en cita:

“(...)

No obstante, el Despacho advierte que por la especialidad del trámite de los procesos electorales, en particular porque la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado se profiere en auto donde simultáneamente se decide la admisión de la demanda, se hace imposible que cualquiera de las normas examinadas [haciendo referencia a las relacionadas con las medidas cautelares y aquellas de los recursos ordinarios,] se ajuste por completo a la situación que ahora nos ocupa, lo que significa que, en los términos del artículo 296 del CPACA, no resultan ser compatibles con el trámite de los procesos electorales.

Lo anterior, porque de un lado la normativa que rige el trámite de las medidas cautelares no prevé la apelación como recurso en contra de la decisión con la cual se negó la petición de suspensión provisional y tampoco indica el trámite para los casos en que a tal

12 Rad. 76001233300020130131601. Actor: Oscar Rodríguez Baquero. Ddo: Notario Primero de Palmira. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

solicitud se accedió; y del otro, porque el trámite de los recursos de apelación en contra de las decisiones judiciales susceptibles de ello, establece el traslado del escrito de impugnación antes de que el juez de primera instancia lo conceda, evento de difícil consecución en materia electoral, en la medida en que la admisión de la demanda es notificada por estado al actor y personalmente al demandado, de manera que es probable que para el momento en que, como en este caso, el apelante presentó el recurso de alzada, el accionado aún no haya sido notificado del auto con el que fue aceptada la demanda, por lo tanto, tampoco se le podría correr traslado del escrito toda vez que no ha sido vinculado formalmente al proceso.

El escenario descrito permite evidenciar la falta de claridad y el vacío normativo existente para tramitar los recursos de apelación formulados en contra de las providencias con las cuales son decididas las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos electorales.

(...)

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para soportar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea.

(ii) **la obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales**

El fallo frente al cual aclaro mi voto, plantea frente al Acuerdo No. 010 de 2014 -mediante el cual el CSU de la Universidad Pedagógica Nacional estableció el reglamento para designar al Rector de dicha institución- que es un acto, de conformidad con sus características que tiene doble condición, es de trámite y a su vez de carácter general, y que por esta última característica se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 del CPACA<sup>13</sup> con lo que estoy plenamente de acuerdo. Sin

<sup>13</sup> Artículo 65. 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

embargo frente a la conclusión relacionada con que la finalidad de la publicación de este acuerdo es que cualquier persona interesada en la elección del cargo la conociera y eventualmente participara en el procedimiento electoral aludido, y en este caso específico, aunque no fue publicado en el *Diario Oficial*, se llevó a cabo en el diario El Tiempo, no se dan los elementos para suspender el acto de elección, considero respetuosamente hacer las siguientes precisiones:

- a. El artículo 65 del CPACA es claro y no admite interpretación diferente: los actos generales (no se distingue entre actos de trámite o definitivos) de las entidades del orden nacional no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*, sin embargo, si por fuerza mayor no es posible hacerlo se da la opción de cumplir con dicho requisito con la publicación en un medio masivo de comunicación eficaz.
- b. La jurisprudencia de esta Sección ha estudiado en múltiples oportunidades el tema y ha considerado que la publicación en un medio masivo de comunicación no suplente el requisito de publicación en el *Diario Oficial*, así<sup>14</sup>:

“De otro lado, **no puede tenerse por satisfecho el requisito de la publicidad a nivel nacional con la eventual publicación que oportunamente se haga en un periódico de tal cobertura**, ya que el legislador solamente reconoce en el *Diario Oficial* la capacidad para hacer oponible a los interesados el contenido de los actos administrativos de carácter general, sin que ello impida, como se dijo líneas arriba, que por decisión de la propia administración también se haga en los aquí denominados medios alternativos(...)<sup>15</sup>.”

(...)La citada evolución normativa permite a la Sala concluir lo siguiente: -Que el artículo 43 del C. C. A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como “el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del *Diario Oficial*, lo cual no impide que la entidad pública, si así lo decide, además de la obligada publicación en el *Diario Oficial*, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de sus actuaciones.

actos de elección distintos a los de voto popular.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad.: 11001-03-28-000-2009-00005-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandado. Rector Universidad Surcolombiana. 6 de agosto de 2009. M. P. Rad. 11001-03-28-000-2010-00001-00. Demandado: Miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 8 de julio de 2010. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 11001032800020110005900. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 29 de mayo de 2014. Demandado: Rector INFOTEP.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad.: 11001-03-28-000-2009-00005-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandado. Rector Universidad Surcolombiana. 6 de agosto de 2009. M. P.

-Que la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el *Diario Oficial*. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el *Diario Oficial*, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.

-Que lo regulado en el artículo 43 del C. C. A., sobre el deber y la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es, por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume<sup>16</sup>.

- c. De igual manera, esta Sección ha considerado que la falta de publicación del acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, y se constituye en requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, esto es, el posterior acto de elección, se erige en **presupuesto de validez**, así:

“Ahora, el requisito de la publicidad solamente puede catalogarse como presupuesto de eficacia frente al mismo acto, ya que en cuanto al acto administrativo de carácter particular que se expida con base en él, se erige en presupuesto de validez, en la medida que, por regla general, las decisiones administrativas deben ser puestas en conocimiento de los asociados, como parte integrante de las diferentes actuaciones administrativas. Por ello, la garantía del debido proceso, referida a la expedición regular de los actos de la administración, queda satisfecha si junto a los procedimientos legal y anteladamente previstos, se acata el importantísimo deber de hacer públicas las decisiones de carácter general que tengan incidencia directa en el acto particular con el que deba culminar esa actuación”<sup>17</sup>

Entonces, si bien es cierto en el caso concreto no se cumplió con el requisito de publicación en el *Diario Oficial* establecido en el artículo 65 del CPACA, del acto general que da inicio al proceso eleccionario es al momento de estudiar el fondo del asunto, esto es en la sentencia, que se debe analizar si esta carencia del requisito afectó o no la validez del posterior acto de elección, ya que, tal como lo indiqué en reiteradas oportunidades, esta Sección ha señalado que, con la publicación en otro medio, no puede tenerse por satisfecho el requisito y el acto de carácter particular que se expida con fundamento en un acto general que no ha sido publicado en el *Diario Oficial* no es válido.

En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2010-00001-00. Demandado: Miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 8 de julio de 2010. M. P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2010-00006-00, Contra: Rector Universidad Popular del Cesar, M. P. Hernández Pinzón. Sent. del 7 de marzo de 2011

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Inadmisión de la demanda / INADMISIÓN DE LA DEMANDA - Determinación de los cargos / INADMISIÓN DE LA DEMANDA - Anexos de la demanda / INADMISIÓN DE LA DEMANDA - Medio de control que desea ejercer / INADMISIÓN DE LA DEMANDA - Debe presentarse en tres días so pena de rechazo**

En primer lugar, corresponderá al actor escoger de forma explícita el medio de control que, a su juicio, se ajuste a lo que en realidad pretende y desarrollar el capítulo de normas violadas y concepto de violación según lo explicado en precedencia. Entonces, si busca la nulidad de: i) la Resolución N° 005 de 21 de noviembre de 2014, ii) la Resolución N° 007 de 19 de diciembre de 2014; iii) la Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015 o iv) de la Resolución N° 004 de 13 de febrero de 2015, deberá escoger, según sus aspiraciones, entre el medio de control de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por el contrario, si lo que pretende es la nulidad de las Resoluciones N° 002 de 19 de marzo de 2015 y N° 003 del 13 de abril de 2013 deberá preferir el medio de control de nulidad electoral. Una vez determinado el mecanismo de control específico a ejercerse, el demandante deberá ajustar el petitum correspondiente. De optarse por el medio de control de nulidad o nulidad electoral, deberá limitar la pretensión al examen de legalidad abstracto del acto, para lo cual tendrá que argumentar en concreto las razones de hecho y derecho que sustenten la causal de anulación escogida. Ello en consideración a que la demanda carece de argumentos dirigidos a cuestionar el acto que finalmente se demandó.

Por su parte, si el demandante inclina su pretensión al restablecimiento del derecho, también deberá proceder a sustentar adecuadamente las razones por las cuales considera que los actos demandados lesionan el ordenamiento y en particular su derecho subjetivo, y con fundamento en ellas, solicitar aquello a que considera tiene derecho. En suma, una vez escogido el medio de control el accionante deberá: i) adecuar las pretensiones de su demanda y ii) formular cargos de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, según el caso, y tendrá que desarrollar el concepto de la violación tal y como lo exige el numeral 4° del artículo 162 del CPACA. Con independencia del medio de control que se vaya a impetrar, el accionante debe cerciorarse que con la corrección de la demanda se aporte "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".

Tal como lo exige el numeral 1° del artículo 166 del CPACA. Igualmente, se precisa que si se opta por demandar el acto de nombramiento del señor José Félix Riascos, la exigencia

del numeral descrita en precedencia deberá satisfacerse tanto para la Resolución N° 002 de marzo de 2015, como para la Resolución N° 003 de abril de 2015, comoquiera que dicho nombramiento constituye un acto complejo que se encuentra contenido en esos dos actos, puesto que fue efectuado en el primero y ratificado en el segundo. En consecuencia, se impone que una vez determinado el medio de control a ejercer, el actor anexe copia de los actos acusados con su respectiva constancia de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. No escapa al Despacho que algunos de los reproches efectuados en contra de las Resoluciones N° 005 de 21 de noviembre de 2014, N° 007 de 19 de diciembre de 2014, N° 001 de 11 de febrero de 2015, N° 004 de 13 de febrero de 2015, así como de la Resolución N° 002 de marzo de 2015 y la N° 003 de abril de 2015 se fundamentan en la trasgresión a los estatutos universitarios y acuerdos superiores de la Universidad del Pacífico. Como dicha normativa no tiene alcance nacional, si el actor pretende que con la suspensión provisional esta Sección efectúe un verdadero análisis de fondo de la situación, será necesario que aporte copia de los siguientes actos administrativos: Acuerdo Superior N° 01 de 2009. Acuerdo Superior N° 20 de 2005.

Lo anterior, máxime, si se tiene en cuenta que consultada la página web de la Universidad del Pacífico no fue posible tener acceso a tal codificación, pues el servidor señala que: "Esta página web no está disponible" Expuestas las circunstancias formales y sustanciales que impiden la admisión de la demanda, se precisa por parte del demandante efectuar la corrección de los defectos anotados conforme lo expuesto en precedencia. En las condiciones analizadas, conforme al artículo 276 del CPACA, se inadmitirá la demanda y se otorgará al señor Florencio Candelo Estacio, so pena de rechazo, un término de tres (3) días para que la corrija. Respecto de la medida cautelar solicitada, a la misma se le dará el trámite que corresponda en la oportunidad procesal pertinente, como lo señala el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00012-00

Actor: Florencio Candelo Estacio

Demandado: Universidad del Pacífico

Hallándose el proceso de la referencia para resolver sobre la admisión de la demanda, se observa:

## I. ANTECEDENTES

En demanda presentada el día 14 de mayo de 2015 ante la oficina de correspondencia del Consejo de Estado, radicada en la Secretaría de la Sección Quinta el día 20 de mayo de 2015 y recibida por este despacho el 22 de mayo del año en curso, el señor Florencio Candelo Estacio solicitó que se declare la nulidad de la Resolución N° 003 del 13 de abril de 2015, por medio de la cual el Consejo Superior Universitario de la Universidad del Pacífico ratificó el nombramiento del señor José Félix Riascos Benavides, como Rector encargado de dicho ente autónomo.

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

1. Mediante Resolución N° 003 del 11 de mayo de 2011, el Consejo Superior Universitario de la Universidad del Pacífico designó como Rector de dicha institución, para el período comprendido entre el 1 de junio de 2011 al 31 de mayo de 2015, al señor Florencio Candelo Estacio.
2. No obstante, el Consejo Superior Universitario profirió la Resolución N° 005 de 21 de noviembre de 2014 a través de la cual removió del cargo como rector al señor Florencio Candelo Estacio.  
  
En esa misma resolución se estableció que: i) el retiro del cargo debía hacerse de forma inmediata y ii) dicho acto se aprobaba por cinco de los siete miembros del consejo universitario asistentes a la reunión.
3. Después de proferida la Resolución N° 005 de 2014, la presidente del Consejo Superior Universitario puso de presente a los demás miembros que dicho acto violaba el artículo 58 del Acuerdo Superior N° 01 de 2009.
4. En acogimiento de la observación antes descrita, el Consejo Superior Universitario profirió la Resolución N° 007 del 19 de diciembre de 2014, en la cual modificó la Resolución N° 005 de 2014, porque de conformidad con el artículo 58 del Acuerdo Superior N° 001 de 2009 no se podía declarar *“insubsistente el nombramiento de quien se encuentre en uso de cualquiera de las situaciones administrativas a que se refieren los artículos 47, 49, 51, 54,55 del presente reglamento”*.
5. A juicio del Consejo Superior Universitario, pese a que en la Resolución N° 005 del 21 de noviembre de 2014 no se declaró la insubsistencia del señor Florencio Candelo, era viable aplicar las disposiciones del Acuerdo Superior N° 001 de 2009 ya que las figuras de insubsistencia y remoción son similares.

Con base en lo anterior, el Consejo Superior Universitario concluyó que el señor Florencio Candelo se encontraba en una de las situaciones administrativas que impedirían

su remoción. Por lo tanto, modificó el numeral 3° de la Resolución N° 005 de 2014 y en su lugar dispuso que los términos de los que trata el artículo 26 de los Estatutos de la Universidad del Pacífico debían contarse desde el 9 de enero de 2015<sup>1</sup>.

6. El 11 de febrero de 2015 el Consejo Superior Universitario expidió la Resolución N° 001 de 2015, a través de la cual revocó las Resoluciones N° 005 de 21 de noviembre de 2014 y la N° 007 de diciembre de 2014, toda vez que, aquellas *“fueron expedidas contraviniendo expresamente los estatutos de la universidad”*.

En este mismo acto se resolvió que el señor Florencio Candelo Estacio reasumiría su calidad de rector desde la fecha de notificación del acto de *“reintegró”* y hasta la finalización del período para el cual fue elegido.

7. La Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015 se profirió sin la participación del señor Cifuentes Ortiz, delegado del sector productivo ante el Consejo Superior Universitario.
8. La exclusión del señor Cifuentes Ortiz se debió a que los demás miembros del Consejo Superior Universitario consideraron que aquel había cumplido su período como miembro del Consejo y que por lo tanto no podía participar en la toma de decisiones del máximo órgano de dirección de la Universidad del Pacífico.
9. Por su parte, el señor Cifuentes Ortiz interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior Universitario, ya que a su juicio, dicho órgano de dirección vulneró sus derechos fundamentales al trabajo y a la participación cuando decidió, de manera arbitraria, que había vencido su período.
10. De la citada acción constitucional conoció en primera instancia el Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura, el cual concedió como medida cautelar la suspensión de los efectos de la Resolución N° 001 del 11 de febrero de 2015.
11. El Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura mediante sentencia del 2 de marzo de 2015 concedió el amparo deprecado por el señor Cifuentes Ortiz y ordenó: i) que el tiempo para determinar el vencimiento del período del señor Cifuentes Ortiz se contabilice desde el día en que se llevó a cabo su posesión efectiva, ii) realizar las sesiones del Consejo Superior Universitario con la participación del señor Cifuentes Ortiz hasta que finalice el período para el cual fue nombrado y iii) al Consejo Superior Universitario *“que poseione a sus miembros con el propósito de dar*

1 Artículo 26: En caso de ausencia temporal o absoluta del rector y hasta tanto se produzca la designación de quien lo reemplace, el Vicerrector académico desempeñará las funciones de rector. En caso de ausencia absoluta el Consejo Superior deberá designar un nuevo Rector en un plazo que no exceda 90 días.

*claridad al término del ejercicio de sus funciones a la necesidad de elegir un sucesor".*

12. Mediante auto del 3 de marzo de 2015 el Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura aclaró el fallo descrito en el numeral anterior y determinó que *"los actos administrativos proferidos por la Corporación Directiva continuaran suspendidos hasta que el actor [señor Cifuentes Ortiz] inicie el medio de control contencioso administrativo que corresponda y el juez de conocimiento resuelva definitivamente sobre su legalidad (...)".*<sup>2</sup>
13. Al notar que la Resolución N° 001 del 11 de febrero de 2015 estaba suspendida y que ello significaba que la Universidad carecía de rector y representante legal, el Consejo Superior Universitario profirió la Resolución N° 002 de 19 de marzo de 2015 mediante la cual nombró al señor José Félix Riascos como Rector encargado de la Universidad del Pacífico.
14. Sin embargo, la Resolución N° 002 de 19 de marzo de 2015 se suscribió por la Presidente del Consejo Superior Universitario, pero no fue firmada por la Secretaria General de la Universidad.
15. La ausencia de una de las firmas en la Resolución N° 002 de 19 de marzo de 2015 impidió la inscripción de la misma en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SINES- del Ministerio de Educación.
16. En efecto, el Ministerio de Educación se negó a inscribir dicho acto, para lo cual argumentó que la misma no cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 30 literal c del Acuerdo Superior N° 14 de 2005.<sup>3</sup>
17. Por su parte y de manera simultánea a lo descrito en los numerales 13 a 16, el señor Florencio Candelo Estacio apeló el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura. El conocimiento del recurso formulado correspondió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual en providencia del 13 de abril de 2015 revocó la sentencia de primera instancia y ordenó levantar las medidas cautelares.
18. El día 13 de abril de 2015 Consejo Superior Universitario, debido a la imposibilidad de registrar el cambio de Rector en el SINES, decidió proferir la Resolución N° 003 de 2015 y en ella ratificó el nombramiento del señor José Félix Riascos como Rector encargado de la Universidad del Pacífico.  
  
Dicho acto fue suscrito por el señor José Carlos Rivas Peña como Presidente y por José Herlin Colorado Cuero como Secretario.
19. El Consejo Superior Universitario mediante Resolución N° 004 del 13 de abril de 2015 revocó la Resolución N°

001 de 2015 y determinó que no había lugar a pedir el consentimiento del señor Florencio Candelo Estacio para proceder a la revocatoria directa de la Resolución N° 001 de 2015 porque, según su criterio, dicho acto fue proferido de manera ilegal pues en su expedición no solo no participó el señor Cifuentes Ortiz, teniendo derecho a hacerlo, sino que además se desconoció el debido proceso.

Como se evidencia, los hechos que enmarcan el *sub judice* son diversos pues la Resolución N° 003 de 13 de abril de 2015 por medio del cual se ratificó la designación del señor José Félix Riascos como Rector encargado está precedida por variados antecedentes. Sin embargo, en su demandante el accionante expresamente solicitó que se declare que:

*"1. es nulo el acto administrativo o resolución 03 del trece de abril de 2015, por medio de cual el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico designó como Rector encargado de la Universidad al Señor José Félix Riascos Benavides como consta en el acta autentica que para esa sesión se suscribió".*

Igualmente, pidió la suspensión provisional de la Resolución N° 003 de 2015, porque, a su juicio, *"aquella no fue expedida por el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico, sino por la simple voluntad de tres ex consejeros que continúan actuando pese al vencimiento de su periodo".*

## II. CONSIDERACIONES

El Despacho observa que la demanda presentada por el señor Florencio Candelo Estacio adolece de varios errores que es necesario corregir antes de proceder a su admisión. Veamos:

### 1. El medio de control

Pese a que a folio 1 del expediente se solicita de forma expresa la nulidad de la Resolución N° 003 de 2015, lo cierto es que a lo largo del libelo introductorio el actor también reprocha la legalidad de otros actos administrativos que enmarcan el caso concreto.

En efecto, en su demanda el señor Florencio Candelo Estacio adujo que las Resoluciones N° 005 de 2014 y N° 007 de 2014 se produjeron ilegalmente porque *"desatendieron los argumentos legales"*, y *"desconocieron el parágrafo 2° del artículo 58 del Acuerdo Superior N° 001 de 2009"*. Específicamente al referirse sobre la Resolución y N° 007 de 2014 sostuvo que aquella se profirió *"prosiguiendo con las ilegalidades"* y *"con las irregularidades descritas"*.

Asimismo, frente a la Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015 afirmó que aquella se profirió *"al percatarse de las galimatías en un atípico acto de responsabilidad"*.

Por su parte y respecto a la Resolución N° 002 de marzo de 2015 la parte actora la refirió como una *"contradicción a la*

<sup>2</sup> Folio 45 del Expediente.

<sup>3</sup> Folios 58 a 59 del Expediente.

normatividad interna” porque el reemplazo del Rector debía recaer en el director académico y no en un profesor que además no “cumplía con los requisitos para ser rector”.

Finalmente, en lo que concierne a las Resoluciones N° 003 y 004 de 13 de abril de 2015, el accionante sostuvo que aquellos se “expidieron con irregularidades” porque:

- Contrarían el artículo 64 de la Ley 30 de 1992, ya que ninguno de los documentos descritos se firmó por el Representante del Ministerio de Educación ante el Consejo Superior Universitario, quien por disposición legal es quien lo preside.
- Se profirieron únicamente por 3 consejeros, los cuales, además habían sido recusados por el señor Florencio Candelo Estancio, sin que la recusación hubiese sido desatada.
- No era posible designar rector encargado, toda vez que, no se configuró ninguna situación administrativa que permitiera designar reemplazo del rector.
- La sesión no fue citada por conducto de la Secretaría General como lo estipula el artículo 18 literal a) del Acuerdo 020 de 2005.
- Específicamente la Resolución N° 004 de 13 de abril de 2015 no cumplió con los requisitos que la ley exige para que se puede revocar directamente un acto administrativo que crea una situación particular, pues no contó con el consentimiento expreso del señor Florencio Candelo Estancio.

De lo anteriormente descrito, se evidencia que no hay claridad acerca de cuál es el acto que el demandante quiere enjuiciar, pues de cara al caso concreto, se advierte sin dubitación alguna que sí el juicio de legalidad recae sobre: i) la Resolución N° 005 de 21 de noviembre de 2014 “por la cual se remueve al Rector de la Universidad del Pacífico”; ii) la Resolución N° 007 de 19 de diciembre de 2014 “Por la cual se modifica parcialmente el artículo N° 3 de la Resolución Superior N° 005 de 21 de noviembre de 2014”, iii) la Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015 “ por la cual se revocan las Resoluciones Superiores 05 y 07 de 2014” o iv) la Resolución N° 004 de 13 de febrero de 2013 “por medio de la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa contra la Resolución N° 001 del 11 de febrero de 2015”, dicho reproche no se tipificaría con el objeto de la nulidad electoral contemplada en el artículo 139 del CPACA, pues recuérdese que según dicha disposición:

**“Artículo 139. Nulidad electoral. Cualquiera 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.” (Subraya la Sala).*

Así las cosas y comoquiera que ni la Resolución N° 005 de 21 de noviembre de 2014 ni la Resolución N° 007 de 19 de diciembre de 2014, ni la Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015, ni la Resolución N° 004 de 13 de febrero de 2013 son actos de elección, nombramiento o llamamientos a proveer vacantes en corporación públicas, no se puede examinar la legalidad de aquellos a través del medio de control de nulidad electoral, sino mediante el de simple nulidad o nulidad con restablecimiento del derecho, dependiendo de si el demandante busca únicamente la legalidad objetiva o si además pretende el restablecimiento de un derecho o la reparación de un perjuicio.

Aunque en principio podría pensarse que, de conformidad con el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, se debe dar a la demanda el trámite que le corresponda, pese a que el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada<sup>4</sup>, lo cierto es que en el sub examine no es posible ajustar lo pretendido a un trámite específico, por cuanto de la demanda no es posible establecer cuál medio de control ordinario es el pretendido por el actor.

En efecto, del texto de la demanda se desprende que el actor también reprocha la legalidad de la Resolución N° 002 de 2015, en la cual se nombra al señor José Félix Riascos como Rector Encargado y de la Resolución N° 003 de abril de 2015 “por medio la cual se ratifica la designación en cargo del rector de la Universidad del Pacífico”, actos cuya legalidad objetiva es susceptible de ser controlada a través del medio de control de nulidad electoral.

Bajo este panorama, es imperioso que el actor precise de forma detalla, expresa y sin lugar a dudas cual es el medio de control que quiere ejercer, si el simple nulidad, el de nulidad o restablecimiento del derecho o el nulidad electoral, teniendo en cuenta que cada uno de ellos tiene características propias y consecuencias jurídicas disímiles<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Resalta el Despacho el espíritu del legislador al establecer esta obligación al juez contencioso con el fin de evitar fallos inhibitorios o declarativos de ineptitud de la demanda, que impliquen un desarrollo procesal a todas luces insustancial.

<sup>5</sup> Esta misma orden se profirió por el Despacho en auto del 12 de septiembre de 2014, radicado 11001-03-28-000-2014-00103-00. Dte: Edinson Bioscar Ruiz Valencia

Superado lo anterior, el actor deberá además, modificar el capítulo relativo a las normas violadas y el concepto de su violación con el fin de expresamente indicar cuáles normas se vulneraron y por qué.

## 2. De las formalidades de la demanda

### 2.1 Sobre el medio de control a ejercer

En primer lugar, corresponderá al actor **escoger de forma explícita** el medio de control que, a su juicio, se ajuste a lo que en realidad pretende y desarrollar el capítulo de normas violadas y concepto de violación según lo explicado en precedencia.

Entonces, si busca la nulidad de: i) la Resolución N° 005 de 21 de noviembre de 2014, ii) la Resolución N° 007 de 19 de diciembre de 2014; iii) la Resolución N° 001 de 11 de febrero de 2015 o iv) de la Resolución N° 004 de 13 de febrero de 2015, deberá escoger, según sus aspiraciones, entre el medio de control de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por el contrario, si lo que pretende es la nulidad de las Resoluciones N° 002 de 19 de marzo de 2015 y N° 003 del 13 de abril de 2013 deberá preferir el medio de control de nulidad electoral.

### 2.2 Sobre las pretensiones y el concepto de violación

Una vez determinado el mecanismo de control específico a ejercerse, el demandante deberá ajustar el petitum correspondiente.

De optarse por el medio de control de nulidad o nulidad electoral, deberá limitar la pretensión al examen de legalidad abstracto del acto, para lo cual tendrá que argumentar en concreto las razones de hecho y derecho que sustenten la causal de anulación escogida. Ello en consideración a que la demanda carece de argumentos dirigidos a cuestionar el acto que finalmente se demandó.

Por su parte, si el demandante inclina su pretensión al restablecimiento del derecho, también deberá proceder a sustentar adecuadamente las razones por las cuales considera que los actos demandados lesionan el ordenamiento y en particular su derecho subjetivo, y con fundamento en ellas, solicitar aquello a que considera tiene derecho.

En suma, una vez escogido el medio de control el accionante deberá: i) adecuar las pretensiones de su demanda y ii) formular cargos de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, según el caso, y tendrá que desarrollar el concepto de la violación tal y como lo exige el numeral 4° del artículo 162 del CPACA.

### 2.3 Sobre los anexos de la demanda

Con independencia del medio de control que se vaya a impetrar, el accionante debe cerciorarse que con la corrección de la demanda se aporte "*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.*" Tal como lo exige el numeral 1° del artículo 166 del CPACA.

Igualmente, se precisa que si se opta por demandar el acto de nombramiento del señor José Félix Riascos, la exigencia del numeral descrita en precedencia deberá satisfacerse tanto para la Resolución N° 002 de marzo de 2015, como para la Resolución N° 003 de abril de 2015, comoquiera que dicho nombramiento constituye un acto complejo que se encuentra contenido en esos dos actos, puesto que fue efectuado en el primero y ratificado en el segundo.

En consecuencia, se impone que una vez determinado el medio de control a ejercer, el actor anexe copia de los actos acusados con su respectiva constancia de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso.

### 2.4 Normas jurídicas de alcance no nacional

No escapa al Despacho que algunos de los reproches efectuados en contra de las Resoluciones N° 005 de 21 de noviembre de 2014, N° 007 de 19 de diciembre de 2014, N° 001 de 11 de febrero de 2015, N° 004 de 13 de febrero de 2015, así como de la Resolución N° 002 de marzo de 2015 y la N° 003 de abril de 2015 se fundamentan en la trasgresión a los estatutos universitarios y acuerdos superiores de la Universidad del Pacífico.

Como dicha normativa no tiene alcance nacional, si el actor pretende que con la suspensión provisional esta Sección efectúe un verdadero análisis de fondo de la situación, será necesario que aporte copia de los siguientes actos administrativos:

- Acuerdo Superior N° 01 de 2009.
- Acuerdo Superior N° 20 de 2005.

Lo anterior, máxime, si se tiene en cuenta que consultada la página web de la Universidad del Pacífico no fue posible tener acceso a tal codificación, pues el servidor señala que: "*Está página web no está disponible*"<sup>6</sup>

### 2.5 Inadmisión de la demanda

Expuestas las circunstancias formales y sustanciales que impiden la admisión de la demanda, se precisa por parte del

<sup>6</sup> Los lugares consultados son: <http://www.unipacifico.edu.co:8095/unipaportal/institucional.jsp?opt=7>, <http://www.unipacifico.edu.co:8095/unipaportal/documentos/acue0142005.pdf>

demandante efectuar la corrección de los defectos anotados conforme lo expuesto en precedencia.

En las condiciones analizadas, conforme al artículo 276 del CPACA, se inadmitirá la demanda y se otorgará al señor Florencio Candelo Estacio, so pena de rechazo, un término de tres (03) días para que la corrija.

Respecto de la medida cautelar solicitada, a la misma se le dará el trámite que corresponda en la oportunidad procesal pertinente, como lo señala el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo expuesto, se

**RESUELVE**

**Inadmitir** la demanda presentada el señor Florencio Candelo Estacio.

**Conceder**, so pena de rechazo, tres (03) días, para efecto de que se corrija la demanda en la forma expresada en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que rechazó la demanda / RECURSO DE APELACIÓN - Se inadmite por extemporaneidad**

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que son apelables las sentencias de primera instancia y los autos señalados en los numerales 1 a 4 de esa norma, entre los que se enuncia el auto que rechaza la demanda. En relación con la oportunidad para interponer el recurso de apelación es menester dar aplicación al artículo 244 *ibidem*, que consagra lo siguiente:

"Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: 1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta. 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió.

De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado. 3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano. 4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso".

De los anteriores enunciados normativos se concluye que el sujeto procesal que pretenda apelar la decisión contenida en el auto que rechaza la demanda, cuenta para el efecto, con un término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la notificación de dicha decisión. En ese orden de ideas, sorprende al Despacho la conclusión equívoca del Tribunal Administrativo del Magdalena en lo que a la oportunidad del recurso se refiere, error que surgió de la aplicación errónea del artículo 247 del CPACA para establecer la oportunidad del recurso, pues tal disposición se refiere al trámite del recurso de apelación de sentencias, y en el presente caso lo que se cuestiona es un auto. Pues bien, como se indicó en precedencia, el auto recurrido fue notificado por estado electrónico del 16 de junio de 2014, de manera que el término de ejecutoria de la decisión de tres (3) días comenzó a correr el 17 de junio de 2014 y que venció el 19 de junio del mismo año. Por lo anterior, se hace evidente que en el caso bajo examen, el actor apeló la decisión de rechazar su demanda fuera del tiempo previsto por la ley, toda vez que presentó el recurso el 25 de junio de 2014 y el término para su interposición había vencido el día 19 del mismo mes y año.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - Artículo 244

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 4700-123-33-000-2013-00236-01

Actor: Augusto Modesto Bermudez Fula

Demandado: Industria Licorera del Magdalena

**I. ANTECEDENTES**

Recibido el expediente el día de ayer, el despacho<sup>1</sup> se pronuncia respecto de la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, contra el auto del 8 de mayo de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el que dicha Corporación rechazó la demanda.

La anterior providencia fue notificada mediante estado electrónico del 16 de junio de 2014<sup>2</sup> y el apoderado de la parte demandante radicó escrito de apelación en la secretaría del Tribunal el 25 de junio de 2014<sup>3</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto de 29 de julio de 2014, en consideración a que el escrito había sido "*interpuesto y sustentado dentro del término oportuno*" concedió en el efecto suspensivo ante la Sección Quinta del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por el accionante, en aplicación del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 referido al trámite del recurso de apelación de sentencias.

**II. CONSIDERACIONES**

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que son apelables las sentencias de primera instancia y los autos señalados en los numerales 1 a 4 de esa norma, entre los que se enuncia el auto que rechaza la demanda.

En relación con la oportunidad para interponer el recurso de apelación es menester dar aplicación al artículo 244 *ibidem*, que consagra lo siguiente:

***"Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso***

1 El auto que decide inadmitir por extemporáneo el recurso ordinario de apelación, sin entrar a resolverlo de fondo, corresponde a una providencia interlocutoria que en los términos del artículo 125 del C.P.A.C.A., debe ser dictada por el Consejero Ponente. Cfr. En el mismo sentido Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Alberto Yepes Barreiro. 23 de febrero de 2012. Radicación No.: 7600123310002011-01779-01. Actor: Moisés Orozco Vicuña. Demandado: Fernando David Murgueitio Cárdenas – Alcalde del Municipio de Yumbo – Valle. Electoral. Auto.

2 Folio 195 del expediente.

3 Folio 198 del expediente.

de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

*1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.*

*2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.*

*3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.*

*4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.” (Negrillas del Despacho)*

De los anteriores enunciados normativos se concluye que el sujeto procesal que pretenda apelar la decisión contenida en el auto que rechaza la demanda, cuenta para el efecto, con un término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la **notificación** de dicha decisión.

En ese orden de ideas, sorprende al Despacho la conclusión equívoca del Tribunal Administrativo del Magdalena en lo que

a la oportunidad del recurso se refiere, error que surgió de la aplicación errónea del artículo 247 del CPACA para establecer la oportunidad del recurso, pues tal disposición se refiere al trámite del recurso de **apelación de sentencias**, y en el presente caso lo que se cuestiona es un **auto**.

Pues bien, como se indicó en precedencia, el auto recurrido fue notificado por estado electrónico del 16 de junio de 2014, de manera que el término de ejecutoria de la decisión de tres (3) días comenzó a correr el 17 de junio de 2014 y que venció el 19 de junio del mismo año.

Por lo anterior, se hace evidente que en el caso bajo examen, el actor apeló la decisión de rechazar su demanda fuera del tiempo previsto por la ley, toda vez que presentó el recurso el 25 de junio de 2014 y el término para su interposición había vencido el día 19 del mismo mes y año.

Por lo expuesto, se

### III. RESUELVE

**Primero. Inadmitir** por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 8 de mayo de 2014, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** Ejecutoriada esta providencia, **remítase** el expediente al Tribunal Administrativo del Magdalena, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**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 / INSTITUTO TECNOLÓGICO DEL PUTUMAYO - Nombramiento de Rectora**

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. Al respecto, se tiene que actualmente literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone que para demandar el acto de elección 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, aquél término 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".

El ámbito de aplicación del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 cobija "a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades". Así las cosas, en materia electoral, los actos: (i) de elección distintos a los de voto popular; (ii) de nombramiento; y (iii) de llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto, como ocurre en el presente asunto, según lo reza el parágrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad.

Así las cosas, se tiene que el contenido del artículo 65 del CPACA 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, descendiendo a la publicidad de actos electorales (nombramientos y elecciones no populares), cuya naturaleza es de índole particular.

No obstante, lo cierto es que el operador jurídico debe ceñirse a la orden normativa, por dividida que parezca la materia regulada, por cuanto no se advierte inconstitucionalidad o ilegalidad que haga viable inaplicar la disposición aludida, como acontece en este caso, en tanto, por regla general, la publicidad en *Diario Oficial* o en medio de divulgación de la entidad pública, se advierte más garantista que otras formas de notificación no masivas. Es por lo anterior que resultan irrelevantes las consideraciones del Tribunal Administrativo de

Nariño, efectuadas en auto de 24 de febrero de 2015, en relación con la fecha en que el acto demandado fue "comunicado o notificado" al demandado, puesto que tal circunstancia, a la luz de la nueva normativa contencioso electoral prevista en el CPACA, resulta inane, por cuanto sólo interesa tener certeza respecto de la publicidad del acto enjuiciado como extremo temporal de inicio del término de caducidad. Así las cosas, la Sala echa de menos, la constancia de publicación del acto de elección demandado, documento que en los términos del artículo 166 del CPACA ha debido acompañarse con la demanda y que, al no haberse encontrado acreditada, imponía al Tribunal Administrativo de Nariño inadmitir la misma, de conformidad con las previsiones del artículo 170 del CPACA, para que la parte demandada subsanara la irregularidad que se advierte. Teniendo claro lo anterior, la Sala encuentra que la providencia impugnada, de forma errada indicó que el término de caducidad debía contarse a partir del día siguiente de haberse proferido el acto de elección, sin tener en cuenta las previsiones del parágrafo e inciso 1 del artículo 65, el literal a) del numeral 2 del artículo 164, el artículo 166 y el artículo 170 del CPACA, y la circunstancia de que en el expediente no obra prueba alguna que permita evidenciar la fecha en que fue publicado el acto demandado.

Por tanto, para esta Sección, conforme a lo explicado y considerado en precedencia y a partir de la normativa y los fundamentos fácticos probados, la providencia debe ser revocada, por la fecha errada que el Tribunal a quo asumió como día de inicio para el conteo de la caducidad (4 de septiembre de 2014). Ahora bien, como la demanda carece de los elementos probatorios que permitan tener la seguridad y certeza de que el acto de elección demandado haya sido publicitado conforme las voces del artículo 164 numeral 2 literal a), en armonía con el inciso 1 y parágrafo del artículo 65, que permita al juez de la nulidad electoral asegurar que la demanda fue presentada en forma extemporánea, corresponderá al Tribunal Administrativo de Nariño, nuevamente, proveer sobre su admisión, inadmisión o rechazo (esta última por causas diferentes a la de caducidad de la acción) de la presente demanda, de conformidad con las precisiones realizadas en la presente providencia.

Nota de Relatoría: Auto de 15 de abril de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2014-01626-01, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez contra Néstor Fabián Castillo Pulido -Director de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República. Sección Quinta. Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 65 inciso 1 / Ley 1437 de 2011 - artículo 164 numeral 2

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., diecisiete (17) julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00108-01

Actor: Juan David Acosta Echeverry

Demandado: Instituto Tecnológico del Putumayo

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 24 de febrero de 2015, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Nariño rechazó la demanda de nulidad electoral por caducidad de la acción.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

El señor Juan David Acosta Echeverry, actuando en nombre propio, presentó demanda el 18 de diciembre de 2014, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, con el fin de que se declare la nulidad del Acuerdo No. 8 de 3 de septiembre de 2014, por medio del cual se eligió a la señora Marisol González Ossa, como Rectora del Instituto Tecnológico del Putumayo, en adelante ITP, para el periodo 2014 - 2018.

### 2. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto de 24 de febrero de 2015, rechazó la demanda por caducidad de la acción<sup>1</sup>.

Como fundamento de su decisión indicó que en el presente asunto, **“si bien no se tiene un documento en el cual se demuestre con exactitud la fecha en que se comunicó (...)”<sup>2</sup> el acto administrativo que se demanda, lo cierto es que el mismo “fue proferido el 3 de septiembre de 2014 y al día siguiente de su comunicación o notificación comenzaba a contabilizarse el término de caducidad que no es otro que el día 4 de septiembre de 2014”<sup>3</sup>.**

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal a quo concluyó que el término para presentar la demanda iniciaba el 4 de septiembre de 2014 y finalizaba el día 16 de diciembre de la misma anualidad por cuanto en dicha fecha, y en atención al paro judicial que se presentó para esa época<sup>4</sup>, se cumplían los (30) días de que trata el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA. Por tanto, como la demanda se presentó hasta el 18 de diciembre de 2014, operó la caducidad de la acción electoral.

### 3. El recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación contra el citado auto. En síntesis, manifestó que el Tribunal tomó,

erradamente, como fecha para iniciar el conteo de la caducidad el 4 de septiembre de 2014, toda vez que debió tomar el día 10 de noviembre de 2014, fecha en la cual se notificó al señor Luis Alexander Escobar Ramírez<sup>5</sup> la resolución al recurso de reposición que interpuso contra el Acuerdo No. 8 de 3 de septiembre de 2014, por medio del cual se eligió a la señora Marisol González Ossa, como Rectora del Instituto Tecnológico del Putumayo, para el periodo 2014 - 2018. Por tanto, la demanda se presentó el día 30 hábil para tal efecto, de conformidad con lo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. 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 rechaza la demanda, en armonía con el artículo 150 ibidem 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.

### 2. Cuestión previa

Antes de abordar el estudio de fondo del asunto, no escapa a la atención de la Sala el hecho de que el auto recurrido data de 24 de febrero de 2015 y que su notificación por estado electrónico se realizó solo hasta el 24 de marzo de 2015, es decir, después de transcurrido un mes.

Al respecto, esta Sección le recuerda al Tribunal a quo que el artículo 201 del CPACA, prevé:

***“Artículo 201. Notificaciones por Estado. Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario. La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto y en ella ha de constar:***

1. La identificación del proceso.
2. Los nombres del demandante y el demandado.
3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla.
4. La fecha del estado y la firma del Secretario.

***El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día.***

1 La referida providencia se notificó por estado electrónico de 24 de marzo de 2015.

2 Negrillas de la Sala.

3 Folios 88 al 89 del expediente.

4 La demanda se presentó ante el Juzgado Único Administrativo de Mocoa, el cual entró en paro judicial el 9 de octubre de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014.

5 Aspirante vencido en el proceso de votación para la elección del cargo de rector del ITP.

*De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.*

*De los estados que hayan sido fijados electrónicamente se conservará un archivo disponible para la consulta permanente en línea por cualquier interesado, por el término mínimo de diez (10) años.*

*Cada juzgado dispondrá del número suficiente de equipos electrónicos al acceso del público para la consulta de los estados" (subraya la Sala).*

De acuerdo con lo anterior, para la Sala no es aceptable que la notificación del auto de 24 de febrero de 2015, se hubiese realizado después de transcurrido un mes desde que se profirió el auto que se recurre, máxime si se tiene en cuenta que el proceso electoral se caracteriza por su celeridad, razón por la cual, en la parte resolutive de esta providencia, se conminará al Tribunal Administrativo de Nariño para que, en adelante, notifique las respectivas actuaciones en los términos previstos en el artículo 201 del CPACA.

### 3. 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.

Al respecto, se tiene que actualmente literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA dispone que para demandar el acto de elección 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, aquél 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"* (subraya de la Sala).**

El ámbito de aplicación del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 cubija "a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades".

**Así las cosas, en materia electoral, los actos: (i) de elección distintos a los de voto popular; (ii) de nombramiento; y (iii) de llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto, como ocurre en el presente asunto, según lo reza el parágrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos.** Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad<sup>6</sup>.

Así las cosas, se tiene que el contenido del artículo 65 del CPACA 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 electorales (nombramientos y elecciones no populares), cuya naturaleza es de índole particular.

No obstante, lo cierto es que el operador jurídico debe ceñirse a la orden normativa, por dividida que parezca la materia regulada, por cuanto no se advierte inconstitucionalidad o ilegalidad que haga viable inaplicar la disposición aludida, como acontece en este caso, en tanto, por regla general, la publicidad en *Diario Oficial* o en medio de divulgación de la entidad pública, se advierte más garantista que otras formas de notificación no masivas.

Es por lo anterior que resultan irrelevantes las consideraciones del Tribunal Administrativo de Nariño, efectuadas en auto de 24 de febrero de 2015, en relación con la fecha en que el acto

<sup>6</sup> Literal a) del numeral 2 del Artículo 164 CPACA.

demandado fue “comunicado o notificado” al demandado, puesto que tal circunstancia, a la luz de la nueva normativa contencioso electoral prevista en el CPACA, resulta inane, por cuanto sólo interesa tener certeza respecto de la publicidad del acto enjuiciado como extremo temporal de inicio del término de caducidad.

Pues bien, en el caso concreto se encuentran probados los siguientes fundamentos fácticos relevantes:

- a. Acuerdo No. 3 de 16 de mayo de 2014, por medio del cual se realiza una convocatoria para el proceso de designación del Rector del I.T.P.<sup>7</sup>.
- b. Acuerdo No. 4 de 16 de mayo de 2014, por medio del cual se reglamenta el proceso de votación secreta de los estamentos estudiantil y docente para respaldo de los aspirantes a candidatos a Rector del I.T.P.<sup>8</sup>.
- c. Acuerdo No. 8 de 3 de septiembre de 2014, por medio del cual se eligió a la señora Marisol González Ossa, como Rectora Rector del I.T.P., para el periodo 2014 - 2018<sup>9</sup>.
- d. Acuerdo No. 15 de 4 de noviembre de 2015 por medio del cual se resolvieron negativamente varias solicitudes de revocatoria directa que se presentaron contra el Acuerdo No. 8 de 3 de septiembre de 2014, junto con la respectiva constancia de notificación personal a los interesados de 12 de noviembre de 2014<sup>10</sup>.
- e. Acuerdo No. 16 de 4 de noviembre de 2015 por medio del cual se resolvió negativamente el recurso de reposición que interpuso el señor Luis Alexander Escobar Ramírez contra el Acuerdo No. 8 de 3 de septiembre de 2014, junto con la respectiva constancia de notificación personal al interesado de 10 de noviembre de 2014<sup>11</sup>.

Así las cosas, la Sala echa de menos, la constancia de publicación del acto de elección demandado, documento que en los términos del artículo 166 del CPACA<sup>12</sup> **ha debido acompañarse**

7 Folios 31 al 34.

8 Folios 35 al 40.

9 Folios 43 al 45.

10 Folios 63 al 65.

11 Folios 66 al 69.

12 “Artículo 166. 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.

Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

2. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho.

3. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o

**con la demanda y que, al no haberse encontrado acreditada, imponía al Tribunal Administrativo de Nariño inadmitir la misma, de conformidad con las previsiones del artículo 170 del CPACA<sup>13</sup>, para que la parte demandada subsanara la irregularidad que se advierte.**

Teniendo claro lo anterior, la Sala encuentra que la providencia impugnada, de forma errada indicó que el término de caducidad debía contarse a partir del día siguiente de haberse proferido el acto de elección, sin tener en cuenta las previsiones del párrafo e inciso 1º del artículo 65, el literal a) del numeral 2º del artículo 164, el artículo 166 y el artículo 170 del CPACA, y la circunstancia de que en el expediente no obra prueba alguna que permita evidenciar la fecha en que fue publicado el acto demandado.

Por tanto, para esta Sección, conforme a lo explicado y considerado en precedencia y a partir de la normativa y los fundamentos fácticos probados, la providencia debe ser revocada, por la fecha errada que el Tribunal *a quo* asumió como día de inicio para el conteo de la caducidad (4 de septiembre de 2014).

Ahora bien, como la demanda carece de los elementos probatorios que permitan tener la seguridad y certeza de que el acto de elección demandado 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, corresponderá al Tribunal Administrativo de Nariño, nuevamente, proveer sobre su admisión, inadmisión o rechazo (esta última por causas diferentes a la de caducidad de la acción) de la presente demanda, de conformidad con las precisiones realizadas en la presente providencia<sup>14</sup>.

Por lo expuesto se,

## RESUELVE

**Primero. Revocar** el auto de 24 de febrero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el que se rechazó la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Juan David Acosta Echeverry contra el acto de

cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.

4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

5. Copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público.” (Subtraya la Sala)

13 “Artículo 170. Inadmisión de la Demanda. **Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciera se rechazará la demanda**” (Subtraya la Sala).

14 En este mismo sentido puede consultarse Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, auto de 15 de abril de 2015, Radicación Número: 25000-23-41-000-2014-01626-01, Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez contra Néstor Fabián Castillo Pulido -Director de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

elección de la señora Marisol González Ossa, como Rectora del Instituto Tecnológico del Putumayo, para el periodo 2014 - 2018 para que, en su lugar, nuevamente, **provea** sobre la admisión, inadmisión o rechazo (esta última por causas diferentes a la de caducidad de la acción) de la presente demanda, de conformidad con las precisiones realizadas en la presente providencia.

**Segundo. Conminar** al Tribunal Administrativo de Nariño para que, en adelante, especialmente en procesos de carácter electoral, notifique las respectivas actuaciones de los procesos de acuerdo con los términos previstos en el artículo 201 del CPACA.

**Tercero.** 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**

Presidente

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Antonio Agustín Aljure Salame**

Conjuez

**Carlos Eduardo Medellín Becerra**

Conjuez

**RECURSOS DE REPOSICIÓN - Auto que ordenó traslado de las pruebas y para alegar de conclusión / RECURSO DE REPOSICIÓN - Extemporaneidad / RECURSO DE REPOSICIÓN - Improcedencia**

Decide el Despacho el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto calendarado el 7 de julio de 2015, por medio del cual se ordenó: “Advertir al secretario de la Sección Quinta que una vez se cumplan las condiciones requeridas surta el traslado de las pruebas y para alegar de conclusión en la forma establecida en la audiencia inicial de 6 de mayo de 2015”. Lo anterior estuvo vinculado a la decisión de denegar la petición de adición del auto de 18 de junio de 2015 (1º), de aclarar el numeral 9º inciso 2º de la misma providencia y de denegar la aclaración que frente a ese auto se formuló.

El apoderado judicial del demandante pretende la revocación del auto porque entiende que allí se ordenó, de una vez, correr traslado de las pruebas recabadas y al cabo de esto dar traslado para alegar de conclusión, no obstante que ese material no se ha recaudado en su totalidad. Con escrito separado pidió copia de los DVD que obran en el proceso. El Despacho, luego de estudiar lo debatido en torno al recurso de reposición observa que el mismo debe rechazarse con fundamento en las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, nota el Despacho que el auto impugnado se notificó por anotación en estado el 9 de julio de 2015. Es decir, que el término de tres (3) días que según el artículo 318 del C. G. P. se tenía para presentar el recurso de reposición transcurrió entre el viernes 10 y el martes 14 de julio del mismo año, de modo que al formularse la impugnación el miércoles 15 de los mismos, se hizo en forma extemporánea. En segundo lugar, se recuerda que lo decidido en el numeral 6º de la parte resolutive del auto en cuestión está estrechamente relacionado con la petición de adición y aclaración formulada por el apoderado judicial del Representante doctor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía, respecto del auto de 18 de junio del corriente año.

Por tanto, el recurso de reposición resulta abiertamente improcedente porque según lo prescrito en el artículo 290 del CPACA. “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.”; y, porque según lo establecido en el artículo 291 ibídem, “Contra el auto que niegue la adición no procede recurso alguno.”, que ciertamente fue el sentido de la decisión asumida con el auto de 7 de julio de 2015 que en su numeral 1º resolvió denegar la citada adición. Y, en tercer lugar, porque la lectura integral del auto de 7 de julio de 2015 demuestra que el recurrente no está entendiendo correctamente la orden impartida en el numeral 6º de su parte resolutive, que lo único que hace es recordarle al secretario de la Sección Quinta que una vez recopilado todo el material

probatorio se dé traslado del mismo, y que al cabo de ello se surta el traslado para alegar de conclusión.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-001110-00

Actor: Carlos Nery Lopez Carbono

Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena

Decide el Despacho el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto calendarado el 7 de julio de 2015.

**AUTO RECURRIDO**

Se trata del numeral 6º de la parte dispositiva del auto expedido el 7 de julio de 2015, por medio del cual se ordenó:

“Advertir al secretario de la Sección Quinta que una vez se cumplan las condiciones requeridas surta el traslado de las pruebas y para alegar de conclusión en la forma establecida en la audiencia inicial de 6 de mayo de 2015.”

Lo anterior estuvo vinculado a la decisión de denegar la petición de adición del auto de 18 de junio de 2015 (1º), de aclarar el numeral 9º inciso 2º de la misma providencia y de denegar la aclaración que frente a ese auto se formuló.

**RECURSO DE REPOSICIÓN**

El apoderado judicial del demandante pretende la revocación del auto porque entiende que allí se ordenó, de una vez, correr traslado de las pruebas recabadas y al cabo de esto dar traslado para alegar de conclusión, no obstante que ese material no se ha recaudado en su totalidad. Con escrito separado pidió copia de los DVD que obran en el proceso.

**OPOSICIÓN A LA REPOSICIÓN**

El apoderado judicial del Representante a la Cámara por el Magdalena, doctor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía, con escrito de 16 de julio de 2015 insistió en el recaudo de una prueba pedida a la Registraduría Nacional del Estado Civil, y con escrito de 24 de julio siguiente se opuso al recurso porque lo que él detecta es una interpretación equivocada de la orden impartida en el numeral 6º del auto fechado el 7 de julio de 2015.

### Consideraciones

El Despacho, luego de estudiar lo debatido en torno al recurso de reposición observa que el mismo debe rechazarse con fundamento en las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, nota el Despacho que el auto impugnado se notificó por anotación en estado el 9 de julio de 2015. Es decir, que el término de tres (3) días que según el artículo 318 del C. G. P. se tenía para presentar el recurso de reposición transcurrió entre el viernes 10 y el martes 14 de julio del mismo año, de modo que al formularse la impugnación el miércoles 15 de los mismos, se hizo en forma extemporánea.

En segundo lugar, se recuerda que lo decidido en el numeral 6º de la parte resolutive del auto en cuestión está estrechamente relacionado con la petición de adición y aclaración formulada por el apoderado judicial del Representante doctor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía, respecto del auto de 18 de junio del corriente año.

Por tanto, el recurso de reposición resulta abiertamente improcedente porque según lo prescrito en el artículo 290 del CPACA "*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.*"; y, porque según lo establecido en el artículo 291 *ibidem*, "*Contra el auto que niegue la adición no procede recurso alguno.*", que ciertamente fue el sentido de la decisión asumida con el auto de 7 de julio de 2015 que en su numeral 1º resolvió denegar la citada adición.

Y, en tercer lugar, porque la lectura integral del auto de 7 de julio de 2015 demuestra que el recurrente no está entendiendo correctamente la orden impartida en el numeral 6º de su parte resolutive, que lo único que hace es recordarle al secretario de la Sección Quinta que una vez recopilado todo el material probatorio se dé traslado del mismo, y que al cabo de ello se surta el traslado para alegar de conclusión.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

### Resuelve

**Primero. Rechazar**, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia, el recurso de reposición formulada por la parte actora contra el numeral 6º de la parte dispositiva del auto proferido el 7 de julio de 2015.

**Segundo. Ordenar** al secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado que expida copia de los DVD solicitados por el apoderado judicial de la parte actora, a quien se le advierte que deberá guardar la reserva legal frente a los documentos que así lo ameriten, de lo cual se dejará constancia expresa en el respectivo recibo.

**Tercero. Denegar** la petición elevada por el apoderado judicial del Representante doctor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía, debido a que la prueba que solicita recaudar ya obra en el expediente, pues corresponde al oficio No. CNE-SS-6433/201500004504/5466-00 de 12 de junio de 2015, firmado por el Subsecretario del CNE, doctor Rafael Antonio Vargas González, que milita de folios 796 a 804 del presente cuaderno (1B).

**Cuarto.** Solicítese al doctor Leopoldo Eduardo Montes Dávila, Fiscal 19 Antinarcóticos - Microtráfico y Gestiones Especiales de Santa Marta, que en el menor tiempo posible remita copia de las pruebas que según su oficio de 15 de julio de 2015 (fls. 1023 y 1024), no pudo hacer llegar junto con los demás documentos anexados porque estaban en el Almacén de Evidencias.

Notifíquese,

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL  
– Inadmisión de la demanda por indebida  
formulación de los cargos / ACUMULACIÓN  
DE PROCESOS - No es posible toda vez que se  
trata de causales subjetivas que se refieren a  
diferentes demandados**

El señor Lasso, en los hechos que sustentan la demanda, señaló que “en la elección del representante estudiantil ante el Consejo Superior Universitario, señor Farid Alberto Campo Baena hubo flagrante violación de las normas electorales colombianas, puesto que, dicha elección estuvo precedida de constreñimiento electoral y compra de votos por parte de algunos profesores, funcionarios administrativos y miembros del Consejo Superior Universitario, e inclusive personas ajenas al claustro universitario, situación que fue denunciada ante las autoridades competentes y de las cuales existen varios videos que circularon por las redes sociales”. Agregó que “se presentaron múltiples irregularidades para la elección del representante del sector productivo. Esto obedece a que, el señor Aldemar Palmera Carrascal, quien salió elegido para dicha representación en realidad no representa al sector productivo del Departamento del Cesar...”.

En el mismo sentido, afirma que “para la elección del representante de los exrectores ante el Consejo Superior Universitario se violentó de manera flagrante el procedimiento eleccionario...”. En efecto, se precisa que, no es claro cuál es el objeto de hacer referencia a las irregularidades que el actor le atribuye a la elección de otros miembros del Consejo Superior Universitario, pues no se entiende si su demanda también pretende la nulidad de estas elecciones, y si no es así, deberá explicar la relevancia que tienen estas situaciones en la elección demandada, esto es, en la del Rector de la Universidad Popular del Cesar. Al respecto es importante resaltar, que si lo que pretende es la nulidad de las elecciones de los referidos miembros del Consejo Superior Universitario, ello deberá hacerse en demanda aparte, con el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 162 del CPACA pues no es posible la acumulación de estas pretensiones, toda vez que se trata de causales subjetivas que se refieren a diferentes demandados.

Por lo anterior, se requiere que la demanda se corrija para que explique cuál es el objeto de cuestionar las elecciones del Representante de los Estudiantes, el del Sector Productivo y el de los exrectores como miembros del Consejo Superior Universitario.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00

Actor: William Yesid Lasso

Demandado: Rector de la Universidad Popular del Cesar

Hallándose el proceso de la referencia para resolver sobre la admisión de la demanda, se observa que hay lugar a su inadmisión con fundamento en las siguientes:

**I. CONSIDERACIONES**

**1.1. Indebida formulación de las pretensiones**

**1.1.1. Respeto de los actos acusados**

El ciudadano William Yesid Lasso, en ejercicio del medio de control electoral, solicitó:

- i) La nulidad del Acuerdo No. 017 del 2 de julio de 2015 por medio del cual el Consejo Superior de la Universidad Popular designó como Rector de ese ente educativo al señor Carlos Emiliano Oñate Gómez.
- ii) La nulidad del acta de posesión del demandado.

Observa el Despacho que, en la demanda se incurre en un error de técnica que es preciso corregir. Se tiene que ésta fue presentada, no solo contra el acto declarativo de la elección, sino también contra el acto de posesión. Sobre la posibilidad de demandar este tipo de actos la Sala ha concluido que:

*“... existe jurisprudencia reiterada de esta Sala en el sentido de advertir, que el único objeto de estudio es el, “referido en lo que a elecciones respecta”, a “unas mismas elecciones” o al “acto por medio del cual la elección se declara”. Por lo mismo, la labor de auscultar la legalidad de los actos electorales, propia de esta jurisdicción, no puede ir más allá de confrontar el acto acusado frente a las normas jurídicas señaladas por el accionante, es decir que no se puede llevar al extremo de evaluar la presunción de legalidad de otros actos administrativos, bien sean de contenido particular o general”.*

En ese orden de ideas, de conformidad con lo expuesto, se requiere que la demanda se corrija para que se dirija, únicamente, contra el acto definitivo declarativo de la elección.

**1.1.2. Respeto de las irregularidades expuestas frente a la designación de otros miembros del Consejo Superior Universitario**

Además, el señor Lasso, en los hechos que sustentan la demanda, señaló que “en la elección del representante estudiantil ante

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 16 de mayo de 2014. Expediente: 11001-03-28-00-2014-00031-00.

*el Consejo Superior Universitario, señor Farid Alberto Campo Baena hubo flagrante violación de las normas electorales colombianas, puesto que, dicha elección estuvo precedida de constreñimiento electoral y compra de votos por parte de algunos profesores, funcionarios administrativos y miembros del Consejo Superior Universitario, e inclusive personas ajenas al claustro universitario, situación que fue denunciada ante las autoridades competentes y de las cuales existen varios videos que circularon por las redes sociales”.*

Agregó que “se presentaron múltiples irregularidades para la elección del representante del sector productivo. Esto obedece a que, el señor Aldemar Palmera Carrascal, quien salió elegido para dicha representación en realidad no representa al sector productivo del Departamento del Cesar...”.

En el mismo sentido, afirma que “para la elección del representante de los exrectores ante el Consejo Superior Universitario se violó de manera flagrante el procedimiento electoral...”.

En efecto, se precisa que, no es claro cuál es el objeto de hacer referencia a las irregularidades que el actor le atribuye a la elección de otros miembros del Consejo Superior Universitario, pues no se entiende si su demanda también pretende la nulidad de estas elecciones, y si no es así, deberá explicar la relevancia que tienen estas situaciones en la elección demandada, esto es, en la del Rector de la Universidad Popular del Cesar.

Al respecto es importante resaltar, que si lo que pretende es la nulidad de las elecciones de los referidos miembros del Consejo Superior Universitario, ello deberá hacerse en demanda aparte, con el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 162 del CPACA pues no es posible la acumulación de estas pretensiones, toda vez que se trata de causales subjetivas que se refieren a diferentes demandados. Lo anterior, de conformidad con el artículo 282 de esa misma normativa, que reza:

Artículo 282. Acumulación de procesos. Deberán fallarse en una sola sentencia los procesos en que se impugne un mismo nombramiento, o una misma elección cuando la nulidad se impetre por irregularidades en la votación o en los escrutinios.

*Por otra parte, también se acumularán los procesos fundados en falta de requisitos o en inhabilidades cuando se refieran a un mismo demandado...”*  
(Subrayado y negrillas fuera del texto).

Por lo anterior, se requiere que la demanda se corrija para que explique cuál es el objeto de cuestionar las elecciones del Representante de los Estudiantes, el del Sector Productivo y el de los exrectores como miembros del Consejo Superior Universitario.

## 1.2 Ausencia de concepto de la violación

Observa el Despacho que, aun cuando la demanda contiene un acápite denominado “cargos y concepto de la violación”

e indica las normas, lo cierto es que el referido escrito no desarrolla este último, pues señala que el acto demandado incurrió en “violación de normas superiores a las cuales ha debido sujetarse” por cuanto desconoció “El artículo 64 literal a) del Decreto Ley 30 del 28 de diciembre de 1992, en el cual se determinó que quien preside el Consejo Superior Universitario del orden Nacional es el Ministro de Educación Nacional o su delegado, acto contrariado abierta y explícitamente”. No obstante ni en los hechos, ni en el concepto de la violación explica de qué manera se transgredió esta disposición.

Adicionalmente, el actor señala que se desconoció “el artículo 64 literal d) del Decreto Ley 30 de 28 de diciembre de 1992, en el cual se define que el Representante del Sector Productivo y no de un Colegio de Contadores (sic) como es el caso del señor Aldemar Palmera”, sin explicar cuál es la relevancia de ello respecto de la elección demandada.

Finalmente, señaló que se violaron los procedimientos de elección y del CNE, sin identificar norma alguna que permita establecer de manera concreta el cargo, y menos el concepto de la violación.

Lo anterior, implica el incumplimiento del requisito consagrado en el numeral 4º del artículo 162 del CPACA, en virtud del cual la demanda deberá contener “(...) las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”.

En ese orden de ideas, se requiere que la demanda también se corrija para que aclare los hechos que la fundamentan y su relación con el cargo expuesto, así como la manera como se desarrolla el concepto de la violación.

En las condiciones analizadas, se inadmitirá la demanda conforme al artículo 276 del CPACA, y se otorgará al señor William Yesid Lasso un término de tres (3) días para que la corrija en el sentido de i) modificar las pretensiones para dirigir la demanda únicamente contra el acto definitivo de elección; ii) aclarar cuál es el objeto de referirse a las irregularidades presentadas en las elecciones del Representante de los Estudiantes, el del Sector Productivo y el de los exrectores como miembros del Consejo Superior Universitario; y iii) desarrollar el concepto de la violación.

Por lo expuesto se,

## II. RESUELVE

**Primero. Inadmitir** la demanda presentada en ejercicio de la acción electoral por el señor William Yesid Lasso contra la elección del señor Carlos Emiliano Oñate Gómez como Rector de la Universidad Popular del Cesar.

**Segundo. Conceder** tres (3) días para efecto de que se corrija la demanda en la forma expresada en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que declaro terminado el proceso por abandono / NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO - En el proceso electoral se aplican las normas especiales / TERMINACIÓN DEL PROCESO POR ABANDONO - Por no acreditar las publicaciones en la prensa**

Le corresponde a la Sala verificar, si en el caso objeto de estudio se encuentran acreditados los supuestos exigidos en el literal g) del artículo 277 del CPACA para dar por terminado el proceso por abandono. en el caso analizado ante la imposibilidad de la notificación personal la publicación del aviso sí debía hacerse, correspondería a la Sala adentrarse en los demás temas, especialmente en lo atinente a la interpretación del artículo 277 del CPACA frente a cada una de las posibilidades en ella reguladas, pero se advierte una situación que pone de manifiesto que el Tribunal se equivocó en la forma de contabilizar el término de que trata el literal g) del numeral 1º del citado artículo 277, lo que evidencia que al demandante se le cercenó parte de ese lapso, lo cual constituye una irregularidad que afecta el debido proceso y por ende la legalidad de la decisión que se apeló. En el literal g) del numeral 1º ídem, se prevé 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, como se dijo, no pudo realizarse la notificación personal, en la forma expresa prevista en el ordenamiento electoral, por lo que debía pasarse a la notificación supletoria del aviso (prevista en el numeral 1º del artículo 277 del CPACA para aquellos eventos en los que no se logra a satisfacción notificar de manera personal). Así lo entendió el Secretario de la Sección Primera del Tribunal, que pasó entonces a la segunda opción prevista en la disposición, correspondiente al aviso (literales b y c), sin que se requiriera orden especial.

Fue así como el cuatro (4) de junio de 2015 se elaboró el aviso de notificación, en el que si bien se colocó como demandado a la Contraloría General de la República, se dejó claro que se pide es la nulidad del acto de nombramiento del señor Sergio Antonio Medina Martínez, a quien se le hacen las advertencias de ley, aviso que se agregó al expediente. Le correspondía entonces al demandante acercarse a la Secretaría a retirar el aviso y efectuar las publicaciones. Está de acuerdo la Sala con que el término para hacer la publicación empieza a contarse, según el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, a partir de la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena. Pero en el presente proceso resulta contrario a la lógica pretender contabilizar el término en esa forma, esto es desde la notificación al Ministerio Público, dadas las especiales circunstancias como se ha tramitado el asunto, realidades que el juez no puede eludir con el propósito de aplicar la literalidad de la norma, pues como pasará a explicarse, el hecho de que el término se empiece a contar desde ese extremo inicial, implica,

de suyo, que para ese día debe estar elaborado el aviso y disponible para ser retirado y publicado por la parte interesada.

Para la Sección Quinta resulta contrario a la lógica, que en el presente caso se pretenda contabilizar el término para "publicar" el aviso a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, cuando la realidad procesal indica que para esa fecha -22 de mayo de 2015- aún no se había expedido el aviso de notificación al demandado, que el demandante debía publicar. En otras palabras, si el Tribunal pretendía contabilizar el término para la acreditación de las publicaciones desde la fecha en la que se le notificó de la admisión de la demanda al Ministerio Público, ello imponía al a quo tener a disposición, para esa fecha, el aviso que no estuvo listo sino días después, el 4 de junio de ese mismo año. Sostener lo contrario sería tanto como obligar al actor a un imposible, la publicación de un aviso inexistente.

Por lo mismo no podía iniciarse el conteo del término a partir del 23 de mayo de 2015, porque para esa fecha no había aviso que retirar ni publicar, pues, como se dijo, está acreditado que el mismo se elaboró por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal el 4 de junio de 2015, pese a lo anterior el Tribunal, anticipadamente, el 26 de junio de 2015 concluyó que se había configurado el abandono del proceso por parte del demandante, al no cumplir la obligación de publicar el aviso por una vez, en dos periódicos de amplia circulación en el respectivo territorio. Considera la Sala que esa sanción anticipada al demandante, hace que el auto se torne en irregular, ante la indebida aplicación de la norma legal que regula la materia, pues el elemento esencial para que se estructure el abandono del proceso no se presentó en el caso.

Finalmente, no escapa a la Sala que en el numeral quinto de la parte resolutive del auto admisorio de la demanda el Despacho Ponente del Tribunal a quo haya ordenado notificar del proceso al Ministerio Público en los términos del artículo 199 del CPACA. Tal circunstancia hace necesario recordar que el trámite electoral, por ser de tipo especial, impone que dicha notificación se surta no conforme las reglas generales del proceso ordinario, sino de acuerdo a la especial establecida en el artículo 277 numeral 3º del mismo estatuto procesal.

En consecuencia, atendiendo estas circunstancias especiales del caso sometido a conocimiento de la Sala, se revocará el auto apelado y se ordenará que la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que contabilice lo que resta del término al que hace referencia el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA para que la parte demandante realice las publicaciones de que trata la norma citada.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-01

Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez

Demandado: Contraloría General de la República

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto del 26 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección A, que declaró terminado el proceso por abandono, según lo dispuesto en el literal g) del numeral 1º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La Demanda

El señor **Miguel Augusto Medina Ramírez** demandó en nombre propio, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad del nombramiento del señor Sergio Antonio Medina Martínez como director de investigaciones fiscales de la Contraloría General de la República.

Como única pretensión, solicitó:

*"Primero. Se declare la nulidad del acto administrativo por el cual se nombró al señor Sergio Antonio Medina Martínez como Director de Investigaciones Fiscales, cargos de nivel directivo de la Contraloría General de la República"*<sup>1</sup>.

A su juicio, el hecho de que en la convocatoria 002-13 se hubiese modificado el método de calificación de la prueba de conocimientos, publicado por las entidades que dirigen el concurso en la página web el 20 de mayo de 2014 "(...) en forma unilateral y alegando errores de las pruebas"<sup>2</sup>, en particular, eliminando dos preguntas y estableciendo nuevas reglas de calificación frente a otras siete, le permitió al señor Sergio Antonio Medina Martínez -quien bajo los anteriores criterios perdió la prueba de conocimientos por obtener una calificación inferior a ochenta puntos-, continuar en el proceso de selección, desconociendo con ello, el criterio de selección con base en el principio del mérito<sup>3</sup>.

### 2. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección A, mediante auto del 26 de junio de 2015 declaró terminado el proceso por abandono, según lo dispuesto en el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, con base en los siguientes argumentos:

1 Folio 1.

2 Folio 2.

3 Folios 1-4.

Expuso que el numeral primero del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, señala que al elegido o nombrado se le debe notificar de manera personal el auto admisorio de la demanda "(...) en la dirección suministrada por el demandante, mediante entrega de copia de la providencia que haga el citador a quien deba ser notificado, previa identificación de este mediante documento idóneo, y suscripción del acta respectiva en la que se anotará la fecha en que se práctica la notificación, el nombre del notificado y la providencia a notificar."

Advirtió que esta misma disposición consagra que ante la imposibilidad de realizar la notificación personal de la providencia dentro de los dos días siguientes a su expedición en la dirección informada por el demandante o cuando este afirma que la ignora, se procederá a realizar la notificación por aviso en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, sin que sea necesario que medie orden especial.

De conformidad con la normativa antes citada, afirmó, si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa, requeridas para surtir las notificaciones por aviso, dentro de los veinte 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.

Aplicando las anteriores reglas al caso particular, concluyó que debe aplicar el aparte del artículo que establece la terminación del proceso por abandono, teniendo en cuenta que el demandante no cumplió con la carga procesal establecida en el numeral primero, literal b), del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, pues aunque se le notificó al Ministerio Público la admisión de la demanda el 22 de mayo de 2015, mediante correo electrónico (folio 95) y el 23 de junio de los corrientes el demandante autorizó a un tercero para que retirara los avisos como en efecto aconteció, lo cierto es que el término para acreditar las respectivas publicaciones del aviso de conformidad con lo dispuesto en el literal g) del artículo 277 de esta misma normativa, venció ese mismo día.

En consecuencia, no se realizó en los términos contemplados en dicha disposición, la notificación por aviso y, por ello, devino la aplicación de lo dispuesto en el literal g) sobre terminación del proceso por abandono.

### 3. Del recurso interpuesto

El demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia que declaró la terminación del proceso y ordenó su archivo. Expuso que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, asumió que la diligencia de notificación personal a quien se nombró en el cargo no se había realizado y, por ello, surgía para la parte demandante la obligación de adelantar el trámite de la notificación por aviso so pena de dar aplicación al literal g) del artículo 277, literal g) del CPACA No obstante, el actor no comparte esta interpretación por las siguientes razones:

- i) El párrafo primero del artículo 291 del Código General del Proceso consagra la posibilidad de que la notificación personal pueda realizarse a través de empleados del despacho y en caso de que la persona no fuere encontrada, el empleado debe dejar la comunicación y, cuando hay lugar a ello, el aviso previsto en el artículo 292 de esta misma normativa.
- ii) A su parecer, el Tribunal no puede desconocer el efecto de la radicación de la notificación personal a la persona a la que se le pretenda notificar de una providencia que así lo exija.
- iii) Sostiene que, en materia electoral, podría pensarse que existe una visión restrictiva de la notificación personal, pues "(...) *solo permite la primera gestión el contacto personal de la notificación (...)*"<sup>4</sup> pero, advierte, esa interpretación es contraria a la propia institución de la notificación donde prima el acceso a la administración de justicia y la efectividad del proceso judicial para hacerle frente a prácticas reprochables como el "(...) *ocultamiento u obstaculización del proceso de notificación (...)*"<sup>5</sup>.
- iv) La regla del aviso a que se refiere el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, es supletoria y parte de supuestos específicos en donde no se puede realizar la diligencia de notificación personal en el lugar informado o porque se desconoce la dirección. Manifiesta que dicha imposibilidad, según lo dispuesto en el artículo 292 del Código General del Proceso está circunscrita a que la dirección informada no existe, no corresponde al domicilio o lugar de trabajo del demandado, o en ese sitio simplemente lo desconocen. En este caso, señaló, no se estructuró ninguna de las hipótesis antes anotadas porque efectivamente la persona a la que se le iba a notificar el auto admisorio de la demanda si reside o trabaja en ese lugar, máxime cuando se trata de un sujeto plenamente identificado y ubicado en el cargo que desempeña en una entidad pública del orden nacional.

Por lo anterior, solicitó se revoque la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y se proceda a continuar con el trámite respectivo.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 243 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por el demandante contra el auto del 26 de junio de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Primera -

Subsección A, que declaró terminado el proceso por abandono y ordenó el archivo del expediente.

### 2. Oportunidad del recurso

El artículo 244 del CPACA,<sup>6</sup> dispone el trámite que debe surtir para la interposición y decisión del recurso de apelación de autos. El numeral 2 de esta normativa señala que aquel deberá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia objetada.

En el caso objeto de estudio, el auto del 26 de junio de 2015 que declaró terminado el proceso por abandono y archivó el expediente se notificó por estado el 1 de julio de 2015 (Folios 142, reverso y 158), esto es, los tres días de que trata el artículo 244 del CPACA vencían el 6 de julio de los corrientes, y el recurso de apelación se presentó el 2 de julio de 2015, es decir, fue oportunamente propuesto (Folio 143).

### 3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala verificar, si en el caso objeto de estudio se encuentran acreditados los supuestos exigidos en el literal g) del artículo 277 del CPACA para dar por terminado el proceso por abandono.

### 4. Caso concreto

El demandante aduce que: "(...) *la regla general de notificación de los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso (...) es obligatoria y principal.*

*Por el contrario la regla de aviso del artículo 277 de la ley 1437 de 2011, es supletoria y parte de supuestos específicos de no notificación personal en el lugar informado o no conocimiento de la ubicación (...)*".

Al respecto cabe anotar que los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso que el actor invoca como los aplicables para este caso particular, no son los que rigen la situación específica que ahora se analiza. Ello, por cuanto el medio de control electoral tiene un procedimiento propio que prima sobre las normas del CPACA y del Código General del Proceso, en materia de notificación, **lo cual se encuentra conforme con el principio hermenéutico de que la regla especial prima sobre la general.**

Ahora, se advierte que la norma aplicable es clara, en cuanto en primer lugar se privilegia la notificación personal (**literal a del numeral 1º**), la que deberá intentarse en la dirección suministrada en la demanda, realizando el siguiente procedimiento:

<sup>4</sup> Folio 156.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

- Dejar constancia de todo en un acta con la fecha de la diligencia
- Identificar al notificado mediante un documento idóneo
- Anotar el nombre del notificado
- Señalar la providencia que se notifica
- Entregar copia de la demanda y de la providencia al notificado
- Que el notificado suscriba el acta de notificación

La norma no prevé la posibilidad de dejar copia de la providencia a notificar con otra persona que no sea el demandado, por lo que tampoco se prevé una consecuencia en caso de que así ocurra.

En el caso, con fecha 22 de mayo el notificador de la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal llenó un acta en la que en el espacio para la firma del notificado, se adhirió una constancia de que la documentación se dejó en una oficina (no se identifica cuál) de la Contraloría General de la República (fl. 102). El mismo empleado rindió informe de la misma fecha, en el que aclara que al llegar al lugar de notificación en la ventanilla de correspondencia se le puso de presente que según procedimiento interno, por protocolo y seguridad, la correspondencia personal se radica allí, lo que es revisado por la oficina de apoyo jurídico y se le da el respectivo trámite (fl. 103).

En esas circunstancias, y sin que resulte aceptable la conducta de la entidad y del propio demandado para no permitir la notificación personal de éste, no puede entenderse que la notificación se surtió, conforme a los parámetros legales establecidos por el CPACA.

Aclarado que en el caso analizado ante la imposibilidad de la notificación personal la publicación del aviso sí debía hacerse, correspondería a la Sala adentrarse en los demás temas, especialmente en lo atinente a la interpretación del artículo 277 del CPACA frente a cada una de las posibilidades en ella reguladas, pero se advierte una situación que pone de manifiesto que el Tribunal se equivocó en la forma de contabilizar el término de que trata el literal g) del numeral 1º del citado artículo 277, lo que evidencia que al demandante se le cercenó parte de ese lapso, lo cual constituye una irregularidad que afecta el debido proceso y por ende la legalidad de la decisión que se apeló.

En el literal g) del numeral 1º ídem, se prevé 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, como se dijo, no pudo realizarse la notificación personal, en la forma expresa prevista en

el ordenamiento electoral, por lo que debía pasarse a la notificación supletoria del aviso (prevista en el numeral 1º del artículo 277 del CPACA para aquellos eventos en los que no se logra a satisfacción notificar de manera personal).

Así lo entendió el Secretario de la Sección Primera del Tribunal, que pasó entonces a la segunda opción prevista en la disposición, correspondiente al aviso (**literales b y c**), sin que se requiriera orden especial.

Fue así como el cuatro (4) de junio de 2015 se elaboró el aviso de notificación, en el que si bien se colocó como demandado a la Contraloría General de la República, se dejó claro que se pide es la nulidad del acto de nombramiento del señor Sergio Antonio Medina Martínez, a quien se le hacen las advertencias de ley, aviso que se agregó al expediente (fl. 107).

Le correspondía entonces al demandante acercarse a la Secretaría a retirar el aviso y efectuar las publicaciones.

Está de acuerdo la Sala con que el término para hacer la publicación empieza a contarse, según el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, **a partir de la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena**. Pero **en el presente proceso** resulta contrario a la lógica pretender contabilizar el término en esa forma, esto es desde la notificación al Ministerio Público, dadas las especiales circunstancias como se ha tramitado el asunto, realidades que el juez no puede eludir con el propósito de aplicar la literalidad de la norma, pues como pasará a explicarse, el hecho de que el término se empiece a contar desde ese extremo inicial, implica, de suyo, que para ese día debe estar elaborado el aviso y disponible para ser retirado y publicado por la parte interesada.

En el caso, el trámite pertinente se ha surtido de la siguiente manera:

- El 7 de mayo de 2015 se admitió al demanda, ordenando notificar al demandado en la forma prevista en el numeral 1 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 90 a 92).
- El 22 de mayo se intentó infructuosamente la notificación personal al demandado (fls. 102 y 103).
- Mediante oficio secretarial OC15-3190 del 22 de mayo de 2015 se remitió al Procurador II Judicial Administrativo 134 copia de la demanda, de sus anexos, de la subsanación y del auto admisorio, y se le informó que en esa misma fecha se le remitió notificación del auto admisorio al correo de la Procuraduría Delegada (fl. 104).
- El 4 de junio de 2015 se elaboró el aviso de notificación al demandado y se dejó constancia secretarial que a través del Sistema de Información de la Rama Judicial se le comunica al demandante que el aviso se encuentra a disposición para las publicaciones de ley (fls. 155 y 156).

- El 23 de junio de 2015 el aviso es retirado por el autorizado del demandante (fl. 107).
- El 26 de junio de 2015 se profiere auto de Sala declarando el abandono del proceso en aplicación del literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

Para la Sección Quinta resulta contrario a la lógica, que en el presente caso se pretenda contabilizar el término para “publicar” el aviso a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, cuando la realidad procesal indica que para esa fecha -22 de mayo de 2015- aún no se había expedido el aviso de notificación al demandado, que el demandante debía publicar.

En otras palabras, si el Tribunal pretendía contabilizar el término para la acreditación de las publicaciones desde la fecha en la que se le notificó de la admisión de la demanda al Ministerio Público, ello imponía al *a quo* tener a disposición, para esa fecha, el aviso que no estuvo listo sino días después, el 4 de junio de ese mismo año. Sostener lo contrario sería tanto como obligar al actor a un imposible, la publicación de un aviso inexistente.

Por lo mismo no podía iniciarse el conteo del término a partir del 23 de mayo de 2015, porque para esa fecha no había aviso que retirar ni publicar, pues, como se dijo, está acreditado que el mismo se elaboró por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal el 4 de junio de 2015, pese a lo anterior **el Tribunal, anticipadamente, el 26 de junio de 2015** concluyó que se había configurado el abandono del proceso por parte del demandante, al no cumplir la obligación de publicar el aviso por una vez, en dos periódicos de amplia circulación en el respectivo territorio.

Considera la Sala que esa sanción anticipada al demandante, hace que el auto se torne en irregular, ante la indebida aplicación de la norma legal que regula la materia, pues el elemento esencial para que se estructure el abandono del proceso no se presentó en el caso.

Finalmente, no escapa a la Sala que en el numeral quinto de la parte resolutive del auto admisorio de la demanda el Despacho Ponente del Tribunal *a quo* haya ordenado notificar del proceso al Ministerio Público en los términos del artículo 199 del CPACA. Tal circunstancia hace necesario recordar que el trámite electoral, por ser de tipo especial, impone que dicha notificación se surta no conforme las reglas generales del proceso ordinario, sino de acuerdo a la especial establecida en el artículo 277 numeral 3º del mismo estatuto procesal.

En consecuencia, atendiendo estas circunstancias especiales del caso sometido a conocimiento de la Sala, se revocará el auto apelado y se ordenará que la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que contabilice lo que resta del término al que hace referencia el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA para que

la parte demandante realice las publicaciones de que trata la norma citada.

Por otra parte, y dado el manejo del trámite no solo en este, sino en otro proceso electoral respecto del cual la Sala en sesión de esta misma fecha toma idéntica decisión<sup>7</sup>, se considera necesario EXHORTAR a la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a su Secretaría, para que en aquellos casos en los que no se logre la notificación personal al demandado dentro del término legal, se expida el aviso el mismo día en el que se notifique al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda.

### III. LA DECISIÓN:

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

#### RESUELVE

**Primero. Revocar** la providencia del 26 de junio de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante la cual se declaró terminado el proceso por abandono, en aplicación del literal g) numeral 1º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

**Segundo. Ordenar** a la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que contabilice el lapso que resta del término al que hace referencia el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA para que la parte demandante realice las publicaciones de que trata la norma citada.

**Tercero. Exhortar** a la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a su Secretaría, para que en aquellos casos electorales en los que no se logre la notificación personal al demandado dentro del término legal, se expida el aviso el mismo día en el que se notifique al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda.

**Cuarto. Devolver** el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidente  
**Carlos Enrique Moreno Rubio**  
**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejeros

<sup>7</sup> Radicado 2014-01626-01.

**COMPETENCIA - Facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función / FALTA DE COMPETENCIA O INCOMPETENCIA - Cuando la decisión se toma sin estar facultado legalmente para ello**

El vicio de falta de competencia está contemplado en el artículo 137 del CPACA como causal de nulidad de los actos en la siguiente manera "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos (...) sin competencia". En efecto, la "competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función", razón por la cual la doctrina ha entendido que la incompetencia o falta de competencia se materializa cuando el autor profiere un acto pese que a no tenía el poder legal para expedirlo, es decir, cuando la decisión se toma si estar facultado legalmente para ello. En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las "atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado".

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección de Magistrada de la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se acreditó el vicio de falta de competencia**

La parte actora solicitó la suspensión provisional del acto de elección de la señora Zea Ramos, porque el acto se profirió sin la competencia para el efecto, por las siguientes razones: Al producirse una vacante definitiva en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, correspondía al Congreso de la República y no al Consejo Superior proveerla. Aun si aceptare que el Consejo Superior de la Judicatura tenía la facultad para proveer de forma provisional la vacante generada por la renuncia del doctor Néstor Iván Osuna, la elección debía realizarse por la Corporación en pleno y no únicamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Bajo este panorama, corresponde a la Sala determinar si el acto acusado se profirió con falta de competencia. (...) la Ley 270 de 1996 tiene disposiciones certeras acerca de cómo deben realizarse la provisión de vacantes en dicho órgano. En consecuencia, el anterior marco normativo es el que debe tenerse en cuenta para determinar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tenía competencia o no para designar a la señora Zea Ramos como magistrada en provisionalidad. Veamos: (i) Frente al señalamiento, según el cual al producirse una vacante definitiva, el Congreso de la República era el llamado a proveer el cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Sala Electoral desea

resaltar que, contrario a lo afirmado por los demandantes, el Consejo Superior de la Judicatura sí podía proveer, de forma provisional, la vacante dejada por el doctor Néstor Osuna. En efecto, en una oportunidad anterior la Sección determinó que aunque por disposición legal la facultad nominadora de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura recaía de forma exclusiva en el Congreso de la República, lo cierto era que el citado Consejo de conformidad con el numeral 2º del artículo 132 de la Ley 270 de 1996 podía proveer de forma temporal y provisional el cargo. Así las cosas, para la Sección en este momento procesal es claro que no era necesario que el Congreso de la República procediera a proveer la vacante de forma inmediata, sino que la señora Zea Ramos podía ser "nombrada" en provisionalidad por el Consejo Superior de la Judicatura en espera a que el órgano legislativo hiciera lo propio. (ii) Ahora bien, en lo que concierne al vicio relativo a la falta de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria para realizar la designación en provisionalidad, la Sección encuentra que le asiste razón a los demandantes cuando sostienen aquella carecía de competencia para realizar la elección de la señora Zea Ramos, ya que, como se explicará, dicha potestad recaía en la Corporación en pleno y no simplemente en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. En efecto, el inciso final del artículo 77 de la Ley 270 de 1996 consagra que "El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley", función dentro de la que se encuentra la de proveer, de forma provisional, las vacantes presentadas entre los magistrados que lo conforman. A lo anterior se suma, que según lo establece el numeral 2º del artículo 132 ibídem "En caso de vacancia temporal en el Consejo Superior de la Judicatura, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación." de forma tal que la Sección determinó, en la sentencia antes analizada, que el Consejo Superior de la Judicatura, en pleno, tenía competencia para elegir provisionalmente a los magistrados que conformaban dicha Corporación. Así las cosas, si se atiende al sentido lato de la expresión "corporación", se puede concluir sin ambages que aquella alude al Consejo Superior de la Judicatura en pleno, es decir, conformado por las dos salas que otrora lo integraban, pues con dicho término se hace referencia a la entidad en su totalidad. Por lo arriba explicado, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no es de recibo el argumento según el cual la Sala Administrativa tenía vedado sesionar debido a su inminente desaparición del ordenamiento jurídico, pero incluso si ello fuese así, aquello no implica que automáticamente las funciones que recaían en la Sala Plena de dicha Corporación se trasladasen a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, comoquiera que la competencia es una potestad expresa que no admite extensiones, ya que los servidores públicos "no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados, vale decir que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites que los textos jurídico que les fijan sus atribuciones". Así las cosas, es evidente que la falta de competencia, no puede ser subsanada y tampoco se avala que la este elemento esencial de los actos jurídicos pueda ser modificado, prima facie, por la administración, aludiendo a razones de urgencia o conveniencia. En consecuencia, pese

a que la Sala no desconoce la situación apremiante que rige en la Sala Disciplinaria en lo que a los procesos disciplinarios se refiere, este solo hecho, no consiente ni permite a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria actuar por fuera de las competencias que en materia de elecciones le fue asignada por la Constitución y la ley, frente a un elemento esencial del acto electoral cuyo desconocimiento general el vicio radical e insoslayable de la incompetencia. Bajo esta perspectiva, no queda sino colegir que únicamente el Consejo Superior de la Judicatura en pleno, esto es, conformado por sus dos Salas, tenía facultad para elegir a los magistrados de sus Salas en provisionalidad, a la espera de que el Congreso designará a alguien en el cargo en propiedad. En el caso concreto está probado que el Acuerdo N° 089 del 21 de octubre de 2015 por medio del cual se eligió a Martha Patricia Zea Ramos como magistrada, en provisionalidad, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se profirió tan solo por una de las Salas que conformaban el Consejo Superior, razón por la cual la Sección colige, en este momento procesal, que está debidamente acreditado el vicio de falta de competencia.

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

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00046-00

Actor: Manuel Yasser Paez Ramirez y Otros

Demandado: Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo No. 089 del 21 de octubre de 2015 a través del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura designó, en provisionalidad, a la señora **Martha Patricia Zea Ramos** como Magistrada de dicha dependencia y (ii) la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. La demanda**

Los señores Doris Feney Rodríguez, Nicolás Arana, Manuel Páez Ramírez y Consuelo Puerto Cifuentes en ejercicio de la acción de **nulidad electoral** solicitaron la anulación del Acuerdo No. 089 del 21 de julio de 2015 por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura "**nombró**", en provisionalidad, a la señora **Martha Patricia Zea Ramos** como Magistrada.

Como sustento de la demanda alegaron que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, toda vez que, que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para designar a la demandada, ya que no solo se produjo una vacancia definitiva que debía ser suplida por el Congreso de la República, sino que además el "**nombramiento**" en provisionalidad debía realizarse por el Consejo Superior de la Judicatura en Pleno.

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

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

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

**2. Sobre la admisión de la demanda**

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

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del C.P.A.C.A., los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166 ibídem, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, narra los hechos que la fundamentan, se identificaron las normas que se consideran violadas, se desarrolló el concepto de la violación y se explicó por qué, según el criterio de los demandantes, la designación de la magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria está viciada de nulidad.

En efecto, la parte actora considera que el Acuerdo N° 089 del 21 de octubre de 2015 está viciado de nulidad porque la autoridad que lo profirió carecía de competencia para el efecto. En este orden de ideas, puso de presente que el acto acusado transgredió los artículos 121, 113 y 254<sup>1</sup> Superior, así como los artículos 76, 77, 132 y 53 de la Ley 270 de 1996.

<sup>1</sup> A juicio de los demandantes pese a que el Acto Legislativo N° 02 de 2015 modificó el artículo 254 Constitucional, su versión primigenia se encuentra plenamente vigente, toda vez que, la reforma constitucional previó un régimen de transición que aún no se ha agotado.

Según el criterio de los accionantes, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no podía elegir a la señora **Zea Ramos** como magistrada, de un lado, porque se presentó una vacante definitiva, producida por la renuncia del doctor Néstor Iván Osuna, que debía provista por el Congreso de la República y, de otro, debido a que la ley y la Constitución en lo que concierne a la provisión de vacantes temporales determinó que la elección debía realizarla la Corporación en pleno, es decir, la Sala Administrativa junto con la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y no solo esta última dependencia.

Asimismo, es de anotar que: i) con el libelo se anexaron y solicitaron pruebas, ii) se suministraron las direcciones para las notificaciones personales de las partes y iii) la demanda puesta a consideración de la Sala no contiene una indebida acumulación de pretensiones, pues aquellas se limitan a solicitar la nulidad del Acuerdo N° 089 de 21 de octubre de 2015, por falta de competencia.

Igualmente, obra en el expediente copia simple del acto acusado<sup>2</sup>, es decir, del Acuerdo N° 089 del 21 de octubre de 2015 por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura eligió, en provisionalidad, a la señora **Martha Patricia Zea Ramos** como Magistrada de dicha Sala, hasta que la vacante fuera provista por el Congreso de la República.

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

*"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.*

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

Así las cosas, como el acto demandado es del 21 de octubre 2015 y la demanda fue radicada el 2 de diciembre siguiente, se concluye que esta se presentó en tiempo, pues entre una y otra fecha transcurrieron 28 días.

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

2 Folios 15 a 16 del Expediente.

Por lo expuesto, la demanda se admitirá.

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

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

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar,<sup>3</sup> que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

### 3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

En el acápite de la demanda en el que se solicitó la **suspensión provisional del acto acusado**<sup>4</sup> los demandantes reiteraron en su integridad los argumentos esbozados en la demanda.

En efecto, para fundamentar la solicitud de la suspensión, la parte actora adujo que la falta de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura era evidente, pues al contrastar el acto acusado con los artículos 76, 77, 132 y 53 de la Ley 270 de 1996, es claro que *"las vacancias definitivas de la Sala Jurisdiccional mencionada serán llenadas por el "nominador" (es decir por el Congreso de la República) o podrán suplirse provisionalmente por parte*

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

4 Folios 11 y siguientes del expediente.

de la Corporación (es decir, la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura)". Sin que ninguno de los dos supuestos se materializara en el caso concreto.

Con el propósito de evidenciar la supuesta contradicción entre el acto acusado y las normas citadas, procedieron a realizar un cuadro comparativo entre el Acuerdo N° 089 de 21 de octubre de 2015 y las disposiciones contenidas en los artículos 76, 77, 132 y 53 de la Ley 270 de 1996.

Finalmente, señalaron que la elección demandada va en contravía de los principios de moralidad e igualdad, siendo claro que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de junio de 2014<sup>5</sup> determinó que aquellos principios debían regir también para las elecciones de los magistrados de las altas cortes.

### 3.2.1. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 3 de diciembre de 2015, el Consejero Ponente ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional de la elección de **Martha Patricia Zea Ramos** como magistrada, en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a la demandada, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Presidente, a la Agencia de Defensa Jurídica para el Estado y al Ministerio Público.

### 3.2.2. La demandada

La señora **Martha Patricia Zea Ramos** a través de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de la solicitud formulada, para lo cual argumentó que los accionantes no acreditaron los supuestos necesarios para proceder al decreto de la medida cautelar, pues no solo de las normas que se indican como desconocidas no se desprende la violación alegada, sino que además no existe en el plenario ninguna prueba que acredite la causal de nulidad endilgada.

Manifestó que la sentencia que traen a colación los demandantes no tiene aplicación en el caso concreto, pues aquella se produjo antes de la expedición del Acto Legislativo N° 02 del 1° de julio de 2015.

Sostuvo que con la citada reforma constitucional se eliminó el Consejo Superior de la Judicatura, y en especial la Sala Administrativa razón por la cual las *"competencias se trasladaron a la Sala Disciplinaria como Corporación superviviente temporalmente hasta tanto entre en funcionamiento el Consejo de Disciplina Judicial"*.

Aseveró que los demandantes confunden el Consejo Superior de la Judicatura con Corporación cuando *"lo cierto es que aquel está integrado por dos corporaciones, y cuando la*

*norma se refiere a corporación en este caso alude o la Sala Administrativa o la Sala Disciplinaria"*.

Finalmente, afirmó que la Sala Administrativa desapareció por cuanto el Consejo de Gobierno Judicial ya fue integrado en términos cualitativos, a lo que se suma que los demandantes no probaron la *"verificación de supervivencia de la Sala Administrativa"* razón por la cual, a su juicio, la medida cautelar debe ser negada.

### 3.2.3 La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

A través de su Presidente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se opuso a la medida cautelar solicitada y manifestó que aquella tiene como propósito proteger y garantizar temporalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, siendo claro que en el caso concreto *"no se está en presencia de un perjuicio irremediable, pues el actor no señaló ninguna consecuencia ante el hecho de no otorgarse la medida cautelar y no existen motivos serios para considerar que no otorgarse la suspensión provisional, los efectos de la sentencia serían nugatorios"*<sup>6</sup>.

Manifestó que en esta etapa procesal no era viable determinar si el Consejo Superior tenía facultad o no para proveer las vacantes de esa Corporación, pues aquel es un análisis que se debe realizar solo en la sentencia.

Afirmó que decretar la medida cautelar solicitada iría en contravía de la función pública de administrar justicia, toda vez que, el despacho que preside provisionalmente la Dra. **Zea Ramos** tiene a su cargo más de 750 procesos disciplinarios de alta complejidad, a los cuales no se les podría dar trámite si se carece de magistrado ponente.

Sostuvo que el Consejo Superior de la Judicatura desapareció a raíz de la implementación la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo N° 02 de 2015. Como prueba de lo anterior trajo a colación un escrito presentado por el magistrado Néstor Correa a través del cual se excusó de asistir a la Sala Plena de dicha entidad porque, a su juicio, el Consejo Superior había dejado de existir desde el 2 de julio de 2015<sup>7</sup>.

Finalmente, manifestó que *"la Sala Jurisdiccional Disciplinaria está habilitada para cumplir transitoriamente las funciones inherentes a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sin*

<sup>6</sup> Folio 47 del Expediente

<sup>7</sup> Para el efecto anexó la excusa presentada por el citado magistrado ante esa Corporación, en la que se afirmaba que el Consejo Superior había desaparecido y era inviable seguir sesionado como Sala Plena. Aquella es visible a folio 53 del expediente.

<sup>5</sup> Los accionantes se refieren a: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de junio de 2014, radicación 11001-03-28-000-2013-00024-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

*la existencia en el orden constitucional de un Consejo Superior como institución plena, la autonomía del ente jurisdiccional resalta para proveer lo necesario ante la negativa de los nominadores naturales de ejercer esa función (...).<sup>8</sup>*

### 3.2.3. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

El Ministerio Público mediante escrito presentado el 10 de diciembre del 2015 solicitó que se accediera a decretar la medida cautelar, para lo cual sostuvo que en este momento procesal se encuentra acreditada la falta de competencia con la que se profirió el acto acusado.

Para fundamentar su posición, la vista fiscal analizó el articulado del Acto Legislativo N° 02 de 2015 en lo que concierne a la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura y concluyó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ejercerá sus funciones hasta el día en el que efectivamente se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Asimismo, puso de presente que la falta de competencia del Consejo Superior de la Judicatura para “nombrar” en provisionalidad a los magistrados, fue estudiada por la Sección en el año 2008 al examinar la elección en provisionalidad de un magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, examen del cual concluyó que el Consejo Superior de la Judicatura tenía plenas facultades para elegir a sus miembros de manera provisional hasta que se realizará la designación definitiva.

Finalmente, manifestó que aunque se avalado que el Consejo Superior designe a los magistrados, en provisionalidad, lo cierto es que dicha competencia recaerá en la Corporación en pleno, razón por la cual pese a que los supuestos de hecho analizados en el sub iudice son idénticos a los examinados por la Sala en la sentencia antes descrita, en el caso concreto es necesario decretar la suspensión provisional del acto acusado, habida cuenta que la elección de la señora **Zea Ramos** se profirió únicamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

### 3.3. Caso concreto

Como se explicó, la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto demandando, comoquiera que, a su juicio, aquel fue proferido con falta de competencia, pues se expidió en flagrante contradicción de los artículos 76, 77, 132 y 53 de la Ley 270 de 1996.

En ese orden corresponde a la Sala analizar si está comprobado, en esta etapa procesal, el vicio que alegan los demandantes, y en caso afirmativo, si desde este momento se vislumbra que aquel es de tal entidad que impongan al juez electoral suspender los efectos jurídicos del acto cuya legalidad se estudia.

El vicio de falta de competencia está contemplado en el artículo 137 del CPACA como causal de nulidad de los actos en la

siguiente manera “*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos (...) sin competencia.*”

En efecto, la “*competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinar función*”<sup>9</sup>, razón por la cual la doctrina ha entendido que la incompetencia o falta de competencia se materializa cuando el autor profiere un acto pese que a no tenía el poder legal para expedirlo<sup>10</sup>, es decir, cuando la decisión se toma si estar facultado legalmente para ello.

En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las “*atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado.*”<sup>11</sup>

Como se anotó para la parte actora, la elección de la señora **Zea Ramos** se encuentra viciada de nulidad, porque el acto se profirió sin la competencia para el efecto, por las siguientes razones:

- i) Al producirse una vacante definitiva en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, correspondía al Congreso de la República y no al Consejo Superior proveerla.
- ii) Aun si aceptare que el Consejo Superior de la Judicatura tenía la facultad para proveer de forma provisional la vacante generada por la renuncia del doctor Néstor Iván Osuna, la elección debía realizarse por la Corporación en pleno y no únicamente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Bajo este panorama, corresponde a la Sala determinar si el acto acusado se profirió con falta de competencia.

Sea lo primero advertir que, como es ampliamente conocido, el Consejo Superior de la Judicatura quedó eliminado de nuestro ordenamiento jurídico por expresa disposición constitucional, ya que el Acto Legislativo N° 02 de 2015 modificó el articulado superior que hacía alusión a dicho órgano.

No obstante, la citada reforma constitucional también previó que la desaparición de dicha Corporación no fuera automática, y para ello se consagró en el artículo 18 transitorio que a más tardar al 1° de octubre de 2015 el Gobierno Nacional debía presentar ante el legislativo un proyecto de ley estatutaria en el

8 Folio 50

9 Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Temis, Bogotá, 2013, pág. 322

10 Carlos Betancourt Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Bogotá, 2014, pág. 291

11 Rodríguez Libardo, Ob cit.

que se regulara el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.<sup>12</sup>

12 "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. b) Los miembros permanentes y de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial deberán ser elegidos dentro del plazo de dos meses posteriores a la elección o designación de los demás miembros del primer Consejo de Gobierno Judicial. 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. c) Para el primer Consejo de Gobierno Judicial, los miembros de este, excluyendo el Gerente de la Rama Judicial, tendrán un plazo de dos meses a partir de su elección, para elegir al Gerente de la Rama Judicial. d) La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en adelante se denominará Gerencia de la Rama Judicial y todas las dependencias de aquella formarán parte de esta. Todas las dependencias adscritas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura pasarán a formar parte de la Gerencia de la Rama Judicial, sin perjuicio de lo que disponga la ley o el Consejo de Gobierno Judicial. e) La Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, continuarán ejerciendo sus funciones hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y sea elegido el Gerente de la Rama Judicial. Estos órganos deberán realizar una rendición de cuentas sobre el ejercicio de sus funciones contempladas en la ley dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo. f) Las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura y las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial continuarán ejerciendo sus funciones hasta que se expida la ley estatutaria. También ejercerán la función prevista en el artículo 85, numeral 18, de la Ley 270 de 1996. g) Se garantizarán, sin solución de continuidad, los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, mediante la incorporación, transformación o vinculación en cargos de las corporaciones judiciales o cualquier otro de igual o superior categoría, según lo defina la ley estatutaria. También se garantizan los derechos de carrera de los empleados del Consejo Superior de la Judicatura. h) Los concursos de méritos que en la actualidad adelanta la Unidad de Carrera Judicial seguirán su trámite por parte de la Gerencia de la Rama Judicial sin solución de continuidad.

2. Mientras se expide la ley estatutaria, el Consejo de Gobierno Judicial ejercerá las funciones previstas en el artículo 79, numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7; artículo 85, numerales 5, 6, 9, 10, 13, 19, 22, 25, 27 y 29; artículo 88, numerales 2 y 4; y artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley 270 de 1996. Además reglamentará provisionalmente los procesos de convocatoria pública que deba adelantar la Gerencia de la Rama Judicial.

3. Mientras se expide la ley estatutaria, la Gerencia de la Rama Judicial ejercerá las funciones previstas en el artículo 79, numeral 3; artículo 85, numerales 1, 3, 4, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 24 y 28; artículo 88, numeral 1; artículo 92, numerales 1 a 9; y será la autoridad nominadora para los cargos previstos en el artículo 131, numeral 9 de la Ley 270 de 1996. Las funciones previstas en el artículo 85, numerales 8 y 11, serán ejercidas bajo la supervisión de la Comisión de Carrera.

4. La Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" ejercerá, además de las funciones ya asignadas a ella, la prevista en el artículo 85, numeral 23, de la Ley 270 de 1996.

5. Las Altas Cortes y los Tribunales continuarán ejerciendo la función de autoridad nominadora prevista en el artículo 131, numerales 5 y 7 de la Ley 270 de 1996. En el ejercicio de esta función deberán respetar siempre las listas de elegibles.

6. La autoridad nominadora para las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial será la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. La autoridad nominadora para las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, mientras subsistan, será el Consejo de Gobierno Judicial.

7. Las autoridades nominadoras previstas en el artículo 131, numerales 1, 2, 3, 4 y 8 de la Ley de 270 de 1996 continuarán ejerciendo esta función. 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.

Así las cosas, comoquiera que aún no se ha expedido la respectiva ley estatutaria y el Consejo Superior de la Judicatura no ha desaparecido plenamente, es evidente que a la elección acusada le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 270 de 1996.

Respecto a la elección de los magistrados que componen el extinto Consejo Superior de la Judicatura los artículos 53, 76, 77 y 132 ibidem disponen:

**"ARTICULO 53. ELECCION DE MAGISTRADOS Y CONSEJEROS. (...)**

**PARAGRAFO 1o. La provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por cada Corporación o Tribunal y no podrá exceder, en ningún caso, de tres meses.**

**(...)**

**ARTICULO 76. DE LAS SALAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.** Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un periodo de ocho años así: Uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia, y tres por el Consejo de Estado;

2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un periodo de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.

El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley."

**ARTICULO 77. REQUISITOS. (...)** Las vacancias temporales serán provistas por la respectiva Sala, las absolutas por los nominadores.

**(...)**

**"ARTICULO 132. FORMAS DE PROVISION DE CARGOS DE LA RAMA JUDICIAL.** La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

*PARAGRAFO. Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato." (Subrayas fuera de texto)*

Como puede observarse, la Ley 270 de 1996 tiene disposiciones certeras acerca de cómo deben realizarse la provisión de vacantes en dicho órgano. En consecuencia, el anterior marco normativo es el que debe tenerse en cuenta para determinar si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tenía competencia o no para designar a la señora **Zea Ramos** como magistrada en provisionalidad. Veamos:

(i) Frente al señalamiento, según el cual al producirse una vacante definitiva, el Congreso de la República era el llamado a proveer el cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Sala Electoral desea resaltar que, contrario a lo afirmado por los demandantes, el Consejo Superior de la Judicatura sí podía proveer, **de forma provisional**, la vacante dejada por el doctor Néstor Osuna.

En efecto, en una oportunidad anterior la Sección determinó que aunque por disposición legal la facultad nominadora de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del

Consejo Superior de la Judicatura recaía de forma exclusiva en el Congreso de la República, lo cierto era que el citado Consejo de conformidad con el numeral 2º del artículo 132 de la Ley 270 de 1996 **podía proveer de forma temporal y provisional** el cargo.

De forma expresa se señaló:

*"El artículo 77 regula los requisitos para ser magistrado del Consejo Superior de la Judicatura y señala en el inciso segundo que las vacantes absolutas se proveen por los nominadores. Pero nada establece acerca de la provisión en provisionalidad de vacantes absolutas. Por ello, para resolver el punto es preciso acudir a la regulación armonizada que sobre el asunto consagran el artículo 132, incisos 2º y el 53 parágrafo 1º de la Ley Estatutaria de Justicia, en concordancia con el 25ª de la Constitución Política, e incluso con el propio artículo 77 de la Ley 270 de 1996, en tanto que éste último al no contemplar a que autoridad compete la designación en provisionalidad de estos funcionarios en el evento de tener que proveerse transitoriamente una vacante definitiva, autoriza tener que acudir a la armonización con las otras disposiciones que rigen la materia.*

*De todo lo anterior se concluye que el Consejo Superior de la Judicatura tiene competencia para hacer la provisión transitoria de los Magistrados de esa Corporación, aún de las vacancias definitivas, a través de un nombramiento en provisionalidad y hasta tanto se haga la designación por el sistema previsto para tal propósito, en este último caso sí, únicamente mediante previa elaboración de la terna por el Gobierno, mediante designación del Congreso de la República, para el caso de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria."<sup>13</sup> (Subrayas fuera de texto)*

Así las cosas, para la Sección en este momento procesal es claro que no era necesario que el Congreso de la República procediera a proveer la vacante de forma inmediata, sino que la señora **Zea Ramos** podía ser "nominada" en provisionalidad por el Consejo Superior de la Judicatura en espera a que el órgano legislativo hiciera lo propio.

(ii) Ahora bien, en lo que concierne al vicio relativo a la falta de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria para realizar la designación en provisionalidad, la Sección encuentra que le asiste razón a los demandantes cuando sostienen aquella carecía de competencia para realizar la elección de la señora **Zea Ramos**, ya que, como se explicará, **dicha potestad recaía en la Corporación en pleno** y no simplemente en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

13 Consejo de Estado, sentencia del 24 de julio de 2008, radicación 11001-03-28-000-2007-00060-00. CP. Susana Buitrago Valencia. Dte: Luis Alejandro Sánchez Romero.

En efecto, el inciso final del artículo 77 de la Ley 270 de 1996 consagra que *“El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley”*, función dentro de la que se encuentra la de proveer, de forma provisional, las vacantes presentadas entre los magistrados que lo conforman.

A lo anterior se suma, que según lo establece el numeral 2º del artículo 132 *ibidem* *“En caso de vacancia temporal en el Consejo Superior de la Judicatura, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.”* (Subrayas fuera de texto) de forma tal que la Sección determinó, en la sentencia antes analizada, que **el Consejo Superior de la Judicatura, en pleno, tenía competencia para elegir provisionalmente a los magistrados que conformaban dicha Corporación.**

Así las cosas, si se atiende al sentido lato de la expresión *“corporación”*, se puede concluir sin ambages **que aquella alude al Consejo Superior de la Judicatura en pleno**, es decir, conformado por las dos salas que otrora lo integraban, pues con dicho término se hace referencia a la entidad en su totalidad.

Ahora, según el artículo 77 Eiusdem dicho órgano estaba integrado por la Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de forma tal que la reunión de todos sus miembros constituía el pleno de la Corporación.

Bajo este panorama, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no queda duda que una lectura armónica de las disposiciones de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, permite colegir que **la facultada para proveer en provisionalidad el cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria era la Sala Plena del Consejo Superior.**

Por supuesto, no escapa a la Sala que a raíz de la expedición del Acto Legislativo N° 02 de 2015 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura quedó despojada de sus competencias, pues aquellas fueron otorgadas al naciente Consejo de Gobierno Judicial.

Sin embargo, tampoco se puede perder de vista que de conformidad con el literal e) del numeral 1º del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo N° 02 de 2015 *“la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, continuará ejerciendo sus funciones hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y sea elegido el Gerente de la Rama Judicial”*.

Así las cosas, es menester poner de presente que al momento de proferirse el acto acusado, esto es, el 21 de octubre de 2015 el Consejo de Gobierno Judicial no estaba integrado<sup>14</sup>, ni el Gerente de la Rama Judicial había sido elegido<sup>15</sup>, razón

por la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura seguía desempeñando **todas** las funciones que tanto la Constitución como la ley la habían asignado y, por contera, podía realizar la designación en provisionalidad de la demandada.

Por lo arriba explicado, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no es de recibo el argumento según el cual la Sala Administrativa tenía vedado sesionar debido a su inminente desaparición del ordenamiento jurídico, pero incluso si ello fuese así, aquello no implica que automáticamente las funciones que recaían en la Sala Plena de dicha Corporación se trasladasen a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, comoquiera que **la competencia es una potestad expresa que no admite extensiones**, ya que los servidores públicos *“no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados, vale decir que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites que los textos jurídico que les fijan sus atribuciones”*<sup>16</sup>.

En efecto, el artículo 121 de la Constitución únicamente consiente que los funcionarios públicos realicen, estrictamente, lo que la ley los faculta razón por la cual **en el ordenamiento jurídico colombiano están proscritas las competencias extendidas, por analogía o implícitas.**

Así las cosas, es evidente que la falta de competencia, no puede ser subsanada y tampoco se avala que la este elemento esencial de los actos jurídicos pueda ser modificado, prima facie, por la administración, aludiendo a razones de urgencia o conveniencia.<sup>17</sup>

En consecuencia, pese a que la Sala no desconoce la situación apremiante que rige en la Sala Disciplinaria en lo que a los procesos disciplinarios se refiere, este solo hecho, no consiente ni permite a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria actuar por fuera de las competencias que en materia de elecciones le fue asignada por la Constitución y la ley, frente a un elemento esencial del acto electoral cuyo desconocimiento general el vicio radical e insoslayable de la incompetencia<sup>18</sup>.

Bajo esta perspectiva, no queda sino colegir que **únicamente el Consejo Superior de la Judicatura en pleno**, esto es, conformado por sus dos Salas, tenía facultad para elegir a los magistrados de sus Salas en provisionalidad, a la espera de que el Congreso designará a alguien en el cargo en propiedad.

En el caso concreto está probado que el Acuerdo N° 089 del 21 de octubre de 2015<sup>19</sup> por medio del cual se eligió a **Martha Patricia Zea Ramos** como magistrada, en provisionalidad,

link:<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/5571964/Acuerdo+No.12.pdf/fa4ed696-a0a0-4086-ac09-0a76281cd87>

16 Betancur Jaramillo, ob. Cit. Pág. 291

17 *Ibidem*

18 Cfr. Consejo de Estado, sentencia del 7 de febrero de 2013, radicación 11001-03-28-000-2011-00041-00. CP. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Sintratelefonos.

19 A folio 15 del expediente obra copia del acto acusado y en él se lee que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en uso de sus facultades legales y reglamentarias acordó “nombrar” en provisionalidad a la doctora Martha Patricia Zea.

de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se profirió tan solo por una de las Salas que conformaban el Consejo Superior, razón por la cual la Sección colige, en este momento procesal, que está debidamente acreditado el vicio de falta de competencia.

Con base en las consideraciones que preceden en la parte resolutive de esta providencia se decretará la suspensión provisional del acto acusado. Por lo expuesto se,

### III. RESUELVE

**Primero. Admitir** la demanda electoral instaurada contra el acto de elección de la señora **Martha Patricia Zea Ramos** como magistrada, en provisionalidad, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Por lo anterior se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia a la señora **Martha Patricia Zea Ramos**, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. Cesar.
2. Notifíquese personalmente esta providencia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Presidente. (Art. 277.2 lb.).
3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 lb.).
4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 lb.).

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

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

7. Comuníquese esta providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de su Presidente, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A., por tener interés en el objeto del proceso.

**SEGUNDO: DECRETAR** la suspensión provisional del acto acusado.

### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**Lucy Jeannette Bermudez Bermudez**

Presidente

**Rocio Araujo Oñate**

Consejera

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero

**NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS**

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por sanción disciplinaria/INHABILIDAD POR SANCIÓN DISCIPLINARIA - No toda sanción disciplinaria trae como consecuencia la inhabilidad para desempeñar cargos públicos/SANCIÓN DE SUSPENSIÓN - Corresponde a la suspensión temporal del cargo/SANCIÓN DE SUSPENSIÓN CON INHABILIDAD ESPECIAL - Corresponde a la separación del cargo y la restricción a los derechos políticos a ejercer cargos públicos por el término que dure la sanción impuesta/SANCIÓN DISCIPLINARIA - Únicamente la que imponga de manera explícita, bien sea la inhabilidad general o la inhabilidad especial tiene la capacidad de afectar el acto de elección o nombramiento/ REPRESENTANTE A LA CÁMARA - El demandado para el momento de la inscripción de su candidatura no se encontraba inhabilitado en virtud de la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría**

Se estima necesario determinar cuáles son, según el ordenamiento jurídico, aquellas sanciones disciplinarias que por su carácter generan inhabilidad para desempeñar cargos públicos. Para el caso de los Congresistas se estableció en la Constitución una serie de limitaciones a la participación política, pues se instituyó que aquellos que quisieran conformar el poder político como representantes del “pueblo” en el Congreso de la República no podían estar inmersos en las situaciones descritas en el artículo 179 Superior. No obstante, en la ley también se establecieron ciertas limitaciones que pueden ser aplicadas a aquellos ciudadanos que aspiren a ser miembros del órgano legislativo, una de ellas se encuentra contenida en el artículo 38 del “Código Disciplinario Único”, pues dicha codificación consagró “otras inhabilidades” que condicionan el acceso a los cargos públicos. Del texto del artículo, se deduce que no podrán ocupar cargos públicos, entre los cuales se incluyen los de Senador y Representante a la Cámara, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas por una sanción disciplinaria o penal.

Lo anterior significa que el Estado, en ejercicio de su poder punitivo, puede restringir los derechos políticos de los ciudadanos mediante una sentencia penal o un fallo disciplinario en los que además de imponer una sanción o pena por la conducta contraria al ordenamiento jurídico, limita el derecho a ser elegido. Es de resaltar, que en el derecho disciplinario esta restricción no es “automática” puesto que no toda sanción disciplinaria trae aparejada inhabilidad para desempeñar cargos públicos. Esta premisa se acompasa con las disposiciones contenidas en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, el cual señala y clasifica una variedad de sanciones que se pueden adoptar, en el marco del procedimiento disciplinario, de conformidad con la gravedad de la falta cometida. Del artículo en comento se desprende que hay varios tipos de sanciones disciplinarias, siendo facultad de la autoridad disciplinaria correspondiente decidir cuándo se debe imponer una u otra, pero es claro que solo dos de ellas acarrear inhabilidad para desempeñar cargos públicos estas son: i) la destitución e inhabilidad general y ii) la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial. Como la confusión en el sub júdice se presenta entre las sanciones de “suspensión” y la de “suspensión con inhabilidad especial”, la Sala desea precisar algunas de las características que permiten distinguirlas e identificarlas como figuras autónomas con efectos jurídicos disímiles. Veamos: La primera de ellas, es decir, la “suspensión” está reservada para aquellas “faltas graves culposas” y su consecuencia es la separación temporal del cargo. Se aclara que la dejación del empleo es transitoria, ya que una vez vencido el lapso por el cual se impuso la sanción, el funcionario podrá retomar la dignidad que venía desempeñando.

Por su parte, la “suspensión con inhabilidad especial” está reservada para aquellos casos en los cuales las conductas sean calificadas como “faltas graves dolosas o gravísimas culposas”, y una vez en firme implica para el servidor público: i) la separación del cargo y ii) la restricción a los derechos políticos a ejercer cargos públicos por el término que dure la sanción impuesta. De lo anterior, podemos colegir que únicamente la “suspensión con inhabilidad especial” tiene la potencialidad de afectar el acto de elección o de nombramiento, pues es aquella la que impone una limitante al acceso a los cargos

públicos. Así las cosas, para la Sala es errónea la afirmación de los demandantes cuando aseveran que "para desempeñar el cargo de congresista se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias", toda vez que, ni la ley ni la Constitución prevén tal requisito para desempeñarse como Congresista, como quiera que lo que realmente exige el ordenamiento jurídico es que la sanción disciplinaria no sea de aquellas que inhabilitan para el ejercicio de cargos públicos. Así las cosas y en consideración a la taxatividad propia del régimen de inhabilidades no cabe otra conclusión sino afirmar que solo aquellas sanciones que expresamente impongan inhabilidad, serán las que tengan la facultad de limitar el derecho político de ser elegido.

Nota de Relatoría: No cualquier decisión disciplinaria genera inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, sino solo aquella que imponga como sanción la inhabilidad ya sea especial o general. Sentencias Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. doctora Susana Buitrago Valencia, de 6 de julio de 2009, Rad. 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084), de 22 de noviembre de 2012, Rad. 230001-23-310-000-2011-00645-01 y de 10 de mayo de 2013, Rad. 68001-23-31-000-2011-00966-01.

Fuente Formal: Ley 734 de 2002 - artículo 44

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por sanción disciplinaria/INHABILIDAD POR SANCIÓN DISCIPLINARIA - No toda sanción disciplinaria trae como consecuencia la inhabilidad para desempeñar cargos públicos/ REPRESENTANTE A LA CÁMARA - El demandado para el momento de la inscripción de su candidatura no se encontraba inhabilitado en virtud de la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría**

Lo expuesto impone a la Sección analizar si en el *sub judice* se acreditó el vicio que se le indilga al Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, esto es si el acto electoral se expidió con desconocimiento de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Con la constancia de la firmeza del acto administrativo disciplinario queda claro que dicha decisión no fue modificada, ni fue objeto de recurso de apelación lo que significa, que la sanción finalmente impuesta al demandado fue la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de (30) treinta días, suspensión que se convirtió a una suma de dinero de conformidad con el tenor del artículo 46 de la Ley 734 de 2002. Dicha información se corrobora en el certificado de antecedentes disciplinarios obrante a folio 69 y en el certificado especial para el cargo de alcalde n° 58363021 de 7 de julio de 2014, en el que si bien se registra la sanción de suspensión, también consta que el señor Rey Ángel "no presenta inhabilidades especiales aplicadas al cargo" Igualmente, la Sala observa que en los folios 259 a 270 del expediente 2014-00078 se encuentra un documento mediante el cual la Procuraduría General de la Nación,

remitió al Consejo Nacional Electoral una lista con los nombres de aquellos aspirantes que presuntamente estarían inhabilitados para desempeñarse como congresistas por la existencia de una sanción disciplinaria o una sentencia penal que haya impuesto inhabilidad, sin que el nombre del demandado se encuentre en el listado remitido por el Ministerio Público.

Bajo este panorama, no cabe otra conclusión sino colegir que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel fue la consagrada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es la de "suspensión" y no como, los demandantes sostienen "la de suspensión en el ejercicio del cargo con inhabilidad especial" establecida en el numeral 2° de ese mismo artículo. Por lo tanto, el fallo disciplinario contra el demandado solo tuvo la consecuencia consagrada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, esto es la "separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria" pero no le generó inhabilidad para desempeñar cargos públicos. En suma, para la Sección es claro que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel en su calidad de alcalde de Funza, no lo inhabilitó para inscribir su candidatura, ni vició su elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca, porque la sanción que le fue impuesta NO consagró expresamente alguna inhabilidad especial o general que le impidiera desempeñar cargos públicos.

Fuente Formal: Ley 734 DE 2002 - artículo 44

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)

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

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano Cristian Andrés Godoy González interpuso demanda de nulidad electoral contra el Acuerdo N° 004 del 30

de mayo de 2014, por medio del cual se declaró electo al señor Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, para el período 2014-2018.

Para el efecto presentó la siguiente pretensión<sup>1</sup>:

*“Que se declare nula la elección del señor JORGE EMILIO REY ÁNGEL, como Representante a la Cámara del departamento de Cundinamarca, mediante el acuerdo 0004 del 30 de mayo de 2014, inscrito con el aval del partido Cambio Radical por el periodo constitucional 2014-2018, por encontrarse inhabilitado al momento de inscribir su candidatura he (sic) inmerso en transgresiones a la ley” (Mayúsculas y negrillas en original)*

A su vez, el ciudadano Leonardo Santo Petro Llorente también elevó demanda de nulidad contra el acto electoral contenido en el Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, por medio del cual se declaró la elección de Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, para el período 2014-2018. En el escrito de la demanda solicitó:

*“Declarar la nulidad del Acuerdo 04 del 30 de mayo de 2014, de nombramiento o elección como Representante a la Cámara de Representantes por Cundinamarca inscrito por el Partido Cambio Radical del señor JORGE EMILIO REY ÁNGEL (sic)”*<sup>2</sup>.

## 1.2. Los hechos

Pese a que las demandas se presentaron de forma separada, los demandantes expusieron en igual sentido y redacción que el acto contentivo de la elección del señor Rey Ángel se encuentra viciado de nulidad, debido a que aquel se expidió en contravención de lo establecido en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002<sup>3</sup>.

Los actores indicaron que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara, toda vez que, para la fecha de su inscripción se encontraba vigente la sanción de “suspensión” que la Procuraduría General de la Nación le impuso en su calidad de Alcalde de Funza (Cundinamarca).

Señalaron que el señor Jorge Emilio Rey Ángel fue elegido como alcalde del Municipio de Funza (Cundinamarca) para el período constitucional 2008-2011 y que en desarrollo de esta función fue investigado y sancionado disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación con “suspensión en el ejercicio

*del cargo durante el término de treinta (30) días”*.

Afirmaron los demandantes que la sanción disciplinaria se produjo el 31 de octubre de 2013, quedó en firme el día 12 de noviembre de 2013 y de conformidad con el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 se convirtió en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El ciudadano Leonardo Petro Llorente adujo que la suma de dinero fue pagada por el demandado el día 27 de noviembre de 2013.

Sostuvieron que la Registraduría Nacional del Estado Civil estableció como fecha límite para inscribir la candidatura de aspirantes al Congreso de la República el 9 de diciembre de 2013 fecha en la cual, afirman los accionantes, **Jorge Emilio Rey Ángel** inscribió su candidatura a la Cámara de Representantes por el departamento de Cundinamarca, con el aval del partido Cambio Radical, pese a que la sanción impuesta por el Ministerio Público aún se encontraba vigente.

Por lo anterior, es claro para los demandantes que el señor **Jorge Emilio Rey Ángel** no podía haber sido elegido Representante a la Cámara por encontrarse incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

## 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En las demandas se afirma que el señor **Jorge Emilio Rey Ángel** se encuentra incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, toda vez que, el demandado inscribió su candidatura cuando estaba vigente la sanción impuesta por el Ministerio Público, razón por la cual el acto acusado se encuentra inmerso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA.

Precisaron que además de la violación del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, el acto electoral contenido en el Acuerdo N° 004 de 30 de mayo de 2014 también se profirió con desconocimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 34 numeral 9, 35 numerales 12 y 18, 45 numeral 2° y 46 inciso segundo de la Ley 734 de 2002, así como las contenidas en los artículos 10 numeral 5° y 32 de la Ley 1475 de 2011, en el artículo 1° numeral 3° de la Ley 190 de 1995 y en el artículo 12 numeral 12 del Acto Legislativo 01 de 2009.

Los artículos invocados como violados indican:

*“Ley 734 de 2002*

*“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*.

(...)

1 Aunque tal y como consta a folio 3 del expediente 2014-00078 el demandante también solicitó la práctica de un nuevo escrutinio, lo cierto es que a folio 79 del expediente 2014-00078 se observa que aquel desistió de esta pretensión con el objetivo de ajustar la demanda a los requerimientos propios de los procesos electorales subjetivos.

2 Reverso del Folio 8 del Expediente 2014-00082.

3 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

**Artículo 34. Deberes.** Son deberes de todo servidor público:

(...)

9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.

(...)

**Artículo 35. Prohibiciones.** A todo servidor público le está prohibido:

(...)

12. Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa.

(...)

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

(...)

**Artículo 38. Otras inhabilidades.** También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

"3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma".

(...)

**Artículo 45. Definición de las sanciones.**

(...)

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

(...)

**Artículo 46. Límite de las sanciones**

(...)

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial".

**"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"

(...)

**Artículo 10. Faltas.** Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos:

(...)

5. Inscribir candidatos a cargos o corporaciones de elección popular que no reúnan los requisitos o calidades, se encuentren incurso en causales objetivas de inhabilidad o incompatibilidad, o hayan sido condenados o llegaren a serlo durante el periodo para el cual resultaren elegidos, por delitos cometidos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales, actividades del narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

(...)

**Artículo 32. Aceptación o rechazo de inscripciones.**

La autoridad electoral ante la cual se realiza la inscripción verificará el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la misma y, en caso de encontrar que los reúnen, aceptarán la solicitud suscribiendo el formulario de inscripción en la casilla correspondiente.

(...)"

**"Ley 190 de 1995**

"Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa".

**Artículo 1º.** *Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:*

(...)

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración”.

**“Acto legislativo 1 de 2009**

*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia.*

(...)

**ARTÍCULO 12.** *El artículo 265 de la Constitución Política quedará así:*

*El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:*

(...)

12. Decidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.

A su vez, la causal de nulidad alegada consagra:

**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 candidatas 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.*

Según el criterio de la parte actora, la elección del demandado se produjo con violación directa de la ley, pues pese a la restricción impuesta por el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 el señor Rey Ángel se inscribió como candidato al Congreso.

Para sustentar su tesis, trajeron a colación el contenido del concepto N° 20149000068112 emitido el 26 de mayo de 2014 por el Departamento Administrativo de la Función Pública- en adelante DAFP, en el cual se señaló que: *“para desempeñar empleos tales como (...) congresista se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias por lo que no es viable que la persona sancionada disciplinariamente sea designada o elegida en uno de esos cargos”*<sup>4</sup>

Afirmaron los demandantes, que el DAFP al estudiar la situación de Jorge Emilio Rey Ángel, en el citado concepto, precisó con toda claridad que *“en el caso de la persona que aspira a ser elegido Congresista, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, señala que constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, encontrarse inhabilitado por una sanción disciplinaria”*.<sup>5</sup>

Argumentaron que del concepto emitido por el DAFP se desprende que: i) no es viable que una persona sancionada disciplinariamente se desempeñe como Representante a la Cámara, ya que aquel que aspire a una curul en el Congreso debe carecer de todo tipo de sanciones disciplinarias y ii) el demandado no podía haber sido inscrito como candidato, ni muchos menos resultar electo como congresista porque aquel estaba inhabilitado por la sanción disciplinaria impuesta.

En otras palabras, del concepto proferido por el DAFP los accionantes deducen que el señor Rey Ángel durante el lapso de 30 días, contados a partir del 12 de noviembre de 2013, estuvo inhabilitado porque el haber sido suspendido lo inhabilitaba para desempeñarse como Congresista, debido a que la conversión de la sanción a salarios mínimos legales vigentes no significó que aquella hubiese cesado o perdido su vigencia.

Bajo el anterior razonamiento insistieron en que durante el tiempo que duró *“la sanción impuesta y la inhabilidad especial que ella acarreó”*, el demandado no podía haberse inscrito como candidato al Congreso.

Finalmente, trajeron a colación la sentencia proferida por la Sección Quinta el 31 de julio de 2009 en el expediente 2007-00024402, pues a su juicio, en dicha providencia se

<sup>4</sup> Folio 72 Expediente 2014-00078.

<sup>5</sup> En los Folios 71 y 72 del Expediente 2014-00078, uno de los accionantes subraya el apartado del concepto que, a su juicio, es aplicable al caso concreto es este extracto el que aquí se transcribe.

<sup>6</sup> Expresamente señaló el demandante del expediente 2014-78 en el folio 6: *“(…) es claro que por el tiempo que dure la suspensión y la consecuente inhabilidad especial consistente en la imposibilidad de ejercer la función pública, el aspirante a congresista no puede inscribir su candidatura”*.

afirma que si las personas se inscriben a un cargo de elección popular cuando pesa sobre ellas una inhabilidad, es nulo no solo el acto de elección sino también el acto de inscripción, lo cual según su criterio es plenamente aplicable al caso concreto.

## 2. Trámite Procesal

### 2.1 Respecto a la demanda del expediente 2014-00078

Mediante auto del 21 de julio de 2014, se inadmitió la demanda presentada por Cristian Andrés Godoy González por no cumplir con los requisitos exigidos en la ley.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda, la Sala mediante auto del 03 de septiembre de 2014 decidió admitirla y ordenó la notificación personal del señor Jorge Emilio Rey Ángel, del Consejo Nacional Electoral y de la Registraduría Nacional del Estado Civil. En esta misma providencia se negó la solicitud de suspensión provisional.

### 2.2 Respecto a la demanda del expediente 2014-00082

Por su parte, mediante auto de 22 de julio de 2014 el Despacho Ponente inadmitió el libelo introductorio formulado por el señor Leonardo Santo Petro Llorente, toda vez que, su escrito no se ajustaba a los requisitos exigidos en el CPACA.

Una vez examinada la corrección de la demanda, la Sección Quinta del Consejo de Estado por medio de auto del 3 de septiembre de 2014 admitió la demanda presentada por Leonardo Santo Petro Llorente y negó la solicitud de suspensión provisional.

Por auto del 24 de octubre de 2014, el Consejero Ponente decidió acumular las demandas presentadas para que las mismas se tramitaran como un solo proceso, toda vez que estas tenían idéntico fundamento fáctico y jurídico y se dirigían contra el mismo demandado.

## 3. La contestación de la demanda

### 3.1 El Representante elegido

Las contestaciones de ambas demandas fueron presentadas en igual sentido y redacción, razón por la cual nos referiremos a ellas de manera conjunta.

El señor **Jorge Emilio Rey Angel**, por conducto de apoderado, explicó que, a su juicio, las demandas parten de un supuesto errado debido a que los accionantes confundieron "suspensión" con "inhabilidad", siendo claro que la sanción disciplinaria no implica, per se, inhabilidad para desempeñar cargos públicos.

Sostuvo que una demanda de nulidad electoral no puede tener como punto de partida un concepto emitido por la oficina jurídica de una autoridad estatal, en este caso el DAFP, porque dicho documento no es referente de legalidad, ni puede ser vinculante para las autoridades electorales, máxime si se tiene en cuenta que aquel contiene "yerros" e "incongruencias" insalvables ya que, al igual que los demandantes, no distingue entre "suspensión" e "inhabilidad".

A su juicio, la afirmación según la cual no es viable que una persona con sanción disciplinaria sea elegida como Congresista, no está avalada por el derecho y desconoce la taxatividad y la reserva legal propia del régimen de inhabilidades.

Señaló que el Código Disciplinario Único prevé las situaciones en las que el encargado de ejercer la potestad disciplinaria puede imponer las sanciones de "suspensión" o "suspensión con inhabilidad especial", restringiendo esta última para las acciones dolosas y culposas gravísimas, situación que no es aplicable al caso concreto porque de las pruebas aportadas se desprende que la sanción atribuida a Jorge Emilio Rey Ángel se produjo como consecuencia de una acción culposa grave.

También precisó que durante el término que duró la sanción, el demandado no ejerció función pública ni se celebró contrato estatal alguno, por lo tanto no trasgredió el artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Adicionalmente, arguyó que el Consejo Nacional Electoral no ejerció revocatoria directa del acto por medio del cual se realizó la inscripción del señor Rey Ángel lo cual, según su criterio, refuerza la legalidad del acto de inscripción y de el de elección.

Igualmente, adujo que es falso que el señor Rey Ángel haya sido sancionado con "suspensión e inhabilidad especial", ya de que del fallo proferido en el marco del procedimiento disciplinario se evidencia que la sanción impuesta fue únicamente la de "suspensión", información que además se puede corroborar en el certificado de antecedentes disciplinario del demandado.

Precisó que el Código Disciplinario Unico, en la norma que se considera quebrantada, prohíbe que una persona inhabilitada ejerza función pública, lo no sucedió en el caso concreto no solo porque el señor Rey Ángel no estaba inhabilitado, sino porque además no ejerció función pública.

Para concluir su escrito hizo un análisis de todas y cada una de las normas que los demandantes consideran vulneradas y descartó su trasgresión, tras reiterar que la inhabilidad endilgada al demandado es inexistente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, está plenamente acreditado que el señor Jorge Emilio Rey Ángel no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad alegada, ni en ninguna otra y por lo tanto, está plenamente facultado para fungir como Congresista de la República.

### 3.2 La Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado, esta entidad solicitó ser desvinculada del presente trámite pues manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

#### 4. La audiencia inicial

El día 1º de diciembre de 2014 se celebró la audiencia inicial en la que se sancó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En efecto, frente a la petición de la Registraduría se estableció que de conformidad con el criterio mayoritario prohiado por la Sección Quinta en providencia del 6 de noviembre de 2014 bajo el radicado interno N° 2014-00065, la excepción se encontraba probada, toda vez que, el defecto alegado en las demandas no tiene conexidad con el proceder de la citada entidad y por lo tanto su actuación no tuvo incidencia en la legalidad del acto acusado.

De estas decisiones se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme.**

Una vez, decretadas las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación a la misma, el apoderado de la parte demandada puso de presente que tenía en su poder un documento que no pudo ser aportado antes, porque aquel no existía ni para la fecha en la que se presentó la demanda, ni cuando aquella fue contestada. Dicho escrito hace referencia a un concepto rendido por el DAFP en el que se dio alcance al concepto en el cual los demandantes basaron su demanda.

Atendiendo a lo anterior, el Despacho Ponente decretó de oficio esta prueba para que la misma obrara en el expediente, decisión que fue notificada en estrados y frente a la cual no se interpuso recurso alguno.

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.

#### 5. Los alegatos de conclusión

##### 5.1 La parte demandante

Los demandantes no presentaron escrito alguno.

##### 5.2 La parte demandada

El demandado, por medio de apoderado, presentó alegatos de conclusión en los cuales adujo, nuevamente, que el acto

por medio cual se declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca no se encuentra viciado de nulidad, toda vez que, está plenamente probado en el expediente que el señor Jorge Emilio Rey Ángel no se encontraba inhabilitado para ser electo pese a la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda se originaron por la tesis contenida en el versión inicial del concepto proferido por el DAFP, en sus alegatos puso de presente que: i) en el curso del proceso se demostró que dicho departamento administrativo rectificó la postura inicialmente adoptada respecto a la situación del Señor Rey Ángel; ii) en dicha enmienda la citada entidad aclaró que el demandado no podía inscribir su candidatura al Congreso si la sanción fue la de *“suspensión e inhabilitación especial”*, y iii) como la sanción impuesta al demandado fue de *“suspensión”* es evidente que el *“único”* sustento de la demanda se tornó inexistente.

Reiteró las diferencias entre las distintas sanciones que se pueden imponer en el marco de un procedimiento disciplinario, en especial hizo énfasis en las discrepancias entre *“suspensión”* y *“suspensión con inhabilitación”* y señaló que está plenamente acreditado que el señor Rey Ángel fue sancionado con *“suspensión”* y no con *“suspensión e inhabilitación especial”* por lo cual, a su juicio, es evidente que aquel no estaba inhabilitado al momento de inscribir su candidatura.

Finalmente, sostuvo que los demandantes no probaron sus afirmaciones y que por lo tanto las súplicas de la demanda estaban llamadas al fracaso.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

#### 6. El concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 16 de diciembre de 2014, el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, ya que según su criterio, el Acuerdo N° 0004 de 30 de mayo de 2014 no se está viciado de nulidad puesto que el señor Jorge Emilio Rey Ángel no se encuentra inhabilitado para desempeñarse como Congresista.

Manifestó que una vez revisado el expediente se puede afirmar con toda claridad que la sanción impuesta al demandado fue la de *“suspensión en el ejercicio del cargo”*, la cual no lo inhabilitó para inscribir su candidatura al Congreso de la República ni para desempeñarse como Representante a la Cámara.

Para el Ministerio Público, las disposiciones contenidas en el Código Disciplinario Unico establecen con toda claridad, que no todas las sanciones derivadas de un procedimiento disciplinario producen inhabilitación para la persona que es sancionada, pues la ley restringió y precisó cuáles eran aquellas sanciones que generaban inhabilitación para desempeñar cargos

públicos. Sostuvo que interpretar lo contrario, tal y como pretenden los accionantes, implica dotar a la norma de un alcance que no tiene.

Manifestó que pese a ser sancionado por la Procuraduría General de la Nación, es evidente que el señor Rey Ángel no estaba inhabilitado para ejercer como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca.

Finalmente, trajo a colación una providencia proferida por la Sección Quinta, en la que se estudió si era posible o no declarar la nulidad de la elección de la entonces senadora Nancy Patricia Gutiérrez atendiendo a que la misma había sido sancionada disciplinariamente y en la que después de un cuidadoso análisis se determinó que no toda sanción disciplinaria implica, per se, inhabilitación para ejercer cargos públicos<sup>7</sup>.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA<sup>8</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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 contenido en el Acuerdo N° 004 de 30 de mayo de 2014 por medio del cual se declaró la elección de Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca.

### 2. Planteamiento del problema

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si el demandado vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 por haberse inscrito como Representante a la Cámara de Cundinamarca, y estar vigente, la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación en fallo de 31 de octubre de 2013, consistente en haber sido suspendido del cargo durante 30 días.<sup>9</sup>

Los accionantes consideran que la elección del señor Rey Ángel como Representante a la Cámara también vulneró otras disposiciones del orden jurídico. No obstante, la Sala advierte que estas disposiciones solo se infringen en la medida que

el demandado efectivamente estuviere inhabilitado para desempeñar cargos públicos, razón por la cual su análisis estará supeditado a que se pruebe la inhabilitación alegada.

### 3. De las sanciones disciplinarias

Se estima necesario determinar cuáles son, según el ordenamiento jurídico, aquellas sanciones disciplinarias que por su carácter generan inhabilitación para desempeñar cargos públicos.

Sea lo primero advertir que, como constantemente ha reconocido esta Sección, el régimen de inhabilidades por comportar una restricción a uno de los principales derechos civiles y políticos tiene reserva legal, es taxativo y de interpretación restrictiva. Por consiguiente, solo en aquellos casos en los que el Constituyente o el legislador hayan expresamente limitado el derecho a ser elegido, podremos afirmar, según el caso, que estamos frente a una verdadera inhabilitación.

Para el caso de los Congresistas se estableció en la Constitución una serie de limitaciones a la participación política, pues se instituyó que aquellos que quisieran conformar el poder político como representantes del "pueblo" en el Congreso de la República no podían estar inmersos en las situaciones descritas en el artículo 179 Superior.

No obstante, en la ley también se establecieron ciertas limitaciones que pueden ser aplicadas a aquellos ciudadanos que aspiren a ser miembros del órgano legislativo, una de ellas se encuentra contenida en el artículo 38 del "Código Disciplinario Único", pues dicha codificación consagró "otras inhabilidades" que condicionan el acceso a los cargos públicos. Establece la norma en cita:

*"Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:*

(...)

*"3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma".*

Del texto transcrito se deduce que no podrán ocupar cargos públicos, entre los cuales se incluyen los de Senador y Representante a la Cámara, aquellas personas que se encuentren inhabilitadas por una sanción disciplinaria o penal.

Lo anterior significa que el Estado, en ejercicio de su poder punitivo, puede restringir los derechos políticos de los ciudadanos mediante una sentencia penal o un fallo disciplinario en los que además de imponer una sanción o pena por la conducta contraria al ordenamiento jurídico, limita el derecho a ser elegido.

<sup>7</sup> El Ministerio Público se refiere a la providencia proferida el 6 de julio de 2009 en el radicado 11001-03-28-000-2006-0011500 con ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia.

<sup>8</sup> "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)

<sup>9</sup> Folio 321 del Expediente 2014-00078.

Es de resaltar, que en el derecho disciplinario esta restricción no es “automática” puesto que no toda sanción disciplinaria trae aparejada inhabilidad para desempeñar cargos públicos. Esta premisa se acompasa con las disposiciones contenidas en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, el cual señala y clasifica una variedad de sanciones que se pueden adoptar, en el marco del procedimiento disciplinario, de conformidad con la gravedad de la falta cometida. De acuerdo a este artículo las sanciones en el procedimiento disciplinario pueden ser:

**Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:**

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

**Parágrafo.** Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Del artículo en comento se desprende que hay varios tipos de sanciones disciplinarias, siendo facultad de la autoridad disciplinaria correspondiente<sup>10</sup> decidir cuándo se debe imponer una u otra, pero es claro que solo dos de ellas acarrear inhabilidad para desempeñar cargos públicos estas son: i) la destitución e inhabilidad general y ii) la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.

Como la confusión en el *sub judice* se presenta entre las sanciones de “suspensión” y la de “suspensión con inhabilidad especial”, la Sala desea precisar algunas de las características que permiten distinguir las e identificarlas como figuras autónomas con efectos jurídicos disímiles. Veamos:

La primera de ellas, es decir, la “suspensión” está reservada para aquellas “faltas graves culposas” y su consecuencia es la separación temporal del cargo. Se aclara que la dejación del empleo es transitoria, ya que una vez vencido el lapso por el cual se impuso la sanción, el funcionario podrá retomar la dignidad que venía desempeñando.

Por su parte, la “suspensión con inhabilidad especial” está reservada para aquellos casos en los cuales las conductas sean calificadas como “faltas graves dolosas o gravísimas culposas”, y una vez en firme implica para el servidor público: i) la separación del cargo y ii) la restricción a los derechos políticos a ejercer cargos públicos por el término que dure la sanción impuesta.<sup>11</sup>

De lo anterior, podemos colegir que únicamente la “suspensión con inhabilidad especial” tiene la potencialidad de afectar el acto de elección o de nombramiento, pues es aquella la que impone una limitante al acceso a los cargos públicos.

La diferencia entre “suspensión” y “suspensión con inhabilidad especial” ha sido estudiada por la Sección en diferentes oportunidades. En efecto, en decisión de julio de 2009, se precisó que **no cualquier decisión disciplinaria genera inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, sino solo aquella que imponga como sanción la inhabilidad ya sea especial o general.** En esa oportunidad señaló:

*“El tema relativo a la sanción disciplinaria simple y a la sanción disciplinaria generadora de inhabilidad para desempeñar cargos públicos ha sido analizado ampliamente por la Sala. La posición ha sido unánime y reiterada en el sentido de considerar que solo la sanción disciplinaria que inhabilita en forma expresa porque así lo dispone explícitamente el sancionador, es la que puede afectar la elección o el nombramiento. Sobre el punto es preciso distinguir las calidades que la Constitución y la ley exigen a los ciudadanos para resultar válidamente elegidos, consagradas en el artículo 172 de la Constitución en lo que concierne a Senadores de la República: “...ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”. Y otras, son las causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 superior, como prohibiciones para aspirar y ser ungido de tal investidura. Dentro de estas no aparecen enlistadas como tales, haber sido sancionado disciplinariamente. Es preciso además clarificar que no toda sanción disciplinaria conlleva inhabilidad para ejercer funciones públicas.”<sup>12</sup>*  
(Subrayas fuera de texto)

Lo anterior fue reiterado en sentencia del 22 de noviembre de 2012, cuando al estudiar un recurso de apelación en el que se insistía en la nulidad del acto de elección de un diputado de la Asamblea Departamental de Córdoba aduciendo que aquel estaba inhabilitado por haber sido sancionado disciplinariamente, la Sala determinó que no había lugar a declarar la nulidad de la elección debido a que en el expediente se acreditó que la sanción

<sup>10</sup> El artículo 67 de la Ley 734 de 2002 establece quienes pueden ejercer la acción disciplinaria.

<sup>11</sup> En el numeral 2º del artículo 45 de la Ley 734 de 2002 se lee: “La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente doctora Susana Buitrago Valencia, sentencia de 6 de julio de 2009, número de radicado 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084)

impuesta al demandado fue la de "simple suspensión" y no la de "suspensión con inhabilidad especial"<sup>13</sup>.

En igual sentido se pronunció esta Sección en providencia del 10 de mayo de 2013, esta vez al resolver el recurso de apelación contra la sentencia que negó la nulidad del acto de elección de un concejal que fue sancionado disciplinariamente<sup>14</sup>.

Así las cosas, para la Sala es errónea la afirmación de los demandantes cuando aseveran que "para desempeñar el cargo de congresista se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias"<sup>15</sup>, toda vez que, ni la ley ni la Constitución prevén tal requisito para desempeñarse como Congresista, como quiera que lo que realmente exige el ordenamiento jurídico es que la sanción disciplinaria no sea de aquellas que inhabilitan para el ejercicio de cargos públicos.

Así las cosas y en consideración a la taxatividad propia del régimen de inhabilidades no cabe otra conclusión sino afirmar que **solo aquellas sanciones que expresamente impongan inhabilidad, serán las que tengan la facultad de limitar el derecho político de ser elegido.**

Por otro lado, y aunque de conformidad con el artículo 28 del CPACA, los conceptos proferidos por la entidades públicas no son vinculantes, la Sala teniendo en cuenta que fue la emisión de la primera versión del concepto N°20149000068112 de 26 de mayo la que originó la confusión de los demandantes y los motivó a presentar sus demandas, desea resaltar que, en aclaración al citado concepto, el DAFP llegó a la conclusión antes anotada y afirmó que solo se encuentran inhabilitadas aquellas personas a las que se les haya sancionado disciplinariamente con "suspensión e inhabilidad especial". Por consiguiente, es claro que se despejó toda duda que sobre el particular pudiera existir.<sup>16</sup>

En síntesis, es claro que únicamente la sanción disciplinaria que imponga de manera explícita, bien sea la inhabilidad general o la inhabilidad especial tiene la capacidad de afectar el acto de elección o nombramiento y será esta premisa bajo la cual la Sala analizará la situación del demandado.

#### 4. El caso concreto

13 Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente doctora Susana Buitrago Valencia, sentencia de 22 de noviembre de 2012, número de radicado 230001-23-310-000-2011-00645-01

14 Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente doctora Susana Buitrago Valencia, sentencia de 10 de mayo de 2013, número de radicado 68001-23-31-000-2011-00966-01

15 Folio 6 del expediente 2014-00078. La misma afirmación se encuentra en el reverso del folio 2 del expediente 2014-00082, en el cual se lee: "(...) para desempeñar el cargo de congresista como Representante a la Cámara, para lo cual se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias, por lo tanto NO ES VIABLE que una persona sancionada disciplinariamente sea elegida en uno de estos cargos (...)" (Mayúsculas propias del original)

16 En efecto, a folio 330 del expediente 2014-0078 se puede leer: "No obstante, revisado el tema nuevamente se encuentra que no existe inhabilidad para que el sancionado que pagó la multa impuesta aspire a desempeñar un cargo público como el de congresista, siempre y cuando no tenga una sanción accesoria consistente en inhabilidad especial para desempeñar cargos públicos".

Lo expuesto en precedencia impone a la Sección analizar si en el *sub judice* se acreditó el vicio que se le indilga al Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, esto es si el acto electoral se expidió con desconocimiento de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Es de anotar que dentro del presente expediente obra como prueba documental:

i. Fallo disciplinario de 31 de octubre de 2013, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación sancionó a Jorge Emilio Rey Ángel con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 30 días.

ii. Respuesta a un derecho de petición, en el cual la Procuraduría dejó constancia que la decisión adoptada contra el señor Rey Ángel quedó en firme el 12 de noviembre de 2013.

iii. Certificado de antecedentes disciplinarios ordinario y especial del demandado.

iv. Copia del concepto N° 20149000068112 de 26 de mayo de 2014 emitido por el DAFP y de su respectiva aclaración de 30 de julio de 2014.

A folios 37 a 68 del expediente N° 2014-00078<sup>17</sup> obra fallo disciplinario proferido por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública y en él se especifica con toda claridad la clase de sanción que le fue impuesta a **Jorge Emilio Rey Ángel**.

Se lee en dicho documento:

*"En consecuencia, el Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública*

RESUELVE:

(...)

**Segundo. Sancionar al servidor público JORGE EMILIO REY ÁNGEL identificado con cédula de ciudadanía número 79.632.322 en su condición del Alcalde de Municipio de Funza en el periodo comprendido entre el año 2008 y 2011 con suspensión en el ejercicio del cargo por 30 días de los cuales se convertirán en salarios equivalentes a cinco millones trescientos ochenta y siete mil ciento treinta y tres pesos (\$5.387.133), de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente proveído (...)** <sup>18</sup>  
(Mayúsculas propias del original) (Resalta la Sala)

Con la constancia de la firmeza del acto administrativo

17 El mismo documento se encuentra en el expediente 2014-00082 en los folios 16 a 48.

18 Folio 68 del expediente 2014-00078 y reverso del folio 48 del Expediente 2014-00082

disciplinario<sup>19</sup> queda claro que dicha decisión no fue modificada, ni fue objeto de recurso de apelación **lo que significa, que la sanción finalmente impuesta al demandado fue la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de (30) treinta días**, suspensión que se convirtió a una suma de dinero de conformidad con el tenor del artículo 46 de la Ley 734 de 2002<sup>20</sup>.

Dicha información se corrobora en el certificado de antecedentes disciplinarios obrante a folio 69<sup>21</sup> y en el certificado especial para el cargo de alcalde n° 58363021 de 7 de julio de 2014, en el que si bien se registra la sanción de suspensión, también consta que el señor Rey Ángel *“no presenta inhabilidades especiales aplicadas al cargo”*<sup>22</sup>.

Igualmente, la Sala observa que en los folios 259 a 270 del expediente 2014-00078<sup>23</sup> se encuentra un documento mediante el cual la Procuraduría General de la Nación, remitió al Consejo Nacional Electoral una lista con los nombres de aquellos aspirantes que presuntamente estarían inhabilitados para desempeñarse como congresistas por la existencia de una sanción disciplinaria o una sentencia penal que haya impuesto inhabilidad, sin que el nombre del demandado se encuentre en el listado remitido por el Ministerio Público.

Bajo este panorama, no cabe otra conclusión sino colegir que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel fue la consagrada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es la de *“suspensión”* y no como, los demandantes sostienen *“la de suspensión en el ejercicio del cargo con inhabilidad especial”* establecida en el numeral 2° de ese mismo artículo. Por lo tanto, el fallo disciplinario contra el demandado solo tuvo la consecuencia consagrada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, esto es la *“separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria”* pero no le generó inhabilidad para desempeñar cargos públicos.

En suma, para la Sección es claro que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel en su calidad de alcalde de Funza, no lo inhabilitó para inscribir su candidatura, ni vició su elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca, porque la sanción que le fue impuesta NO consagró expresamente alguna inhabilidad especial o general que le impidiera desempeñar cargos públicos.

## 5. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite concluir que no se encuentran acreditados los supuestos para declarar la nulidad del acto de elección contenido en el Acuerdo N° 004 de 30 de mayo de 2014 por medio del cual se declaró a Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca.

Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma 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,

### RESUELVE

**Primero.** Negar las pretensiones de las demandas formuladas por Cristian Andrés Godoy Gutiérrez y Leonardo Santo Petro Lorente.

Segundo: Advertir a las partes que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

19 Folio 73 del expediente 2014-00078 y folio 13 expediente 2014-00082

20 Folio 68 del expediente 2014-00078.

21 En el Expediente 2014-00082 el mismo documento obra a folio 51

22 Folio 49 Expediente 2014-00082

23 La misma información reposa en los folios 327 a 339 del expediente 2014-00082

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -  
Contra el acto de elección de los Representantes  
a la Cámara por la Circunscripción especial  
Indígena/REPRESENTANTES A LA CÁMARA - Las  
elecciones únicamente pueden repetirse por  
una sola vez cuando el total de votos en blanco  
sea mayoría absoluta frente al total de votos  
válidos/VOTO EN BLANCO - La mayoría que  
se requiere para que se repitan las votaciones  
unipersonales debe ser absoluta**

Los señores Jorge Ignacio Salcedo Galán y Jeritza Merchán Díaz demandan la validez de la elección del señor Germán Bernardo Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, período 2014-2018, inscrito por el movimiento AICO, consignada en el formulario E-26-CA de 3 de julio de 2014, con fundamento en la supuesta violación de los artículos 1º y 258 parágrafo 1º de la Constitución. A partir de la información contenida en el acto acusado (E-26 CA), según la cual la opción del voto en blanco obtuvo un total de 35.756 votos, superior a la alcanzada por cualquiera de los diferentes candidatos y desde luego por el demandado (28.361 votos), afirman los demandantes que se transgredió lo previsto en el artículo 258 parágrafo 1º de la Constitución, por interpretación errónea, debido a que al haber sido el voto en blanco la opción más votada, lo que procedía era repetir, por una sola vez, la elección, lo que a su vez se traduce en que el señor Carlosama López, no obstante los votos que conquistó, no podía ser proclamado como representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena. La interpretación esbozada por la parte actora se cimenta en la reforma que introdujo el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009 al parágrafo 1º del artículo 258 Superior, cuyo texto original ya había sido modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2003, que para ellos produjo como resultado el abandono de la mayoría absoluta como parámetro propiciador de la repetición de la elección, para sustituirlo por el de una mayoría simple, de suerte que si la opción del voto en blanco logra una votación superior, no a la del total de votos de todas los candidatos o listas presentadas a la contienda electoral, sino a la del candidato o lista con más votos, lo que procede es realizar de nuevo la elección con la precisión de que en el caso de las corporaciones públicas únicamente podrán volver a participar quienes hayan superado el umbral.

Tal como lo advirtieron el representante a la Cámara demandado al contestar la demanda, el agente del Ministerio Público y esta Sección al expedir el auto de 18 de septiembre de 2014, mediante el cual se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto en cuestión, y quien elabora esta ponencia al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, el problema jurídico inmerso en este debate procesal gira alrededor de determinar el tipo de mayoría -absoluta o relativa- que exige el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, para que la votación depositada a favor del voto en blanco dé lugar a que se repita, por una

sola vez, la respectiva elección. Pues bien, todo lo dicho en esta providencia lleva a colegir sin dubitaciones que la revisión jurisprudencial no es viable. Claramente no se cumple el requisito de suficiencia, merced a que el fallo de 9 de marzo de 2012 se basó en razones que están conformes al ordenamiento constitucional, son correctas o válidas, y por lo mismo no hay lugar a que la Sección Quinta cambie su posición, que se apoya, entre otras cosas, en una razón muy poderosa como es la cosa juzgada constitucional que surgió con la expedición de la sentencia C-490 de 2011, que además de haber impedido el ingreso al mundo jurídico de la norma propugnada por los accionantes, fijó con carácter obligatorio general el auténtico sentido del parágrafo 1º del artículo 258 Superior (Mod. A. L. 01/09), según el cual las elecciones únicamente pueden repetirse por una sola vez cuando el total de votos en blanco sea mayoría absoluta frente al total de votos válidos o en las propias palabras del constituyente derivado "cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría".. Deben denegarse las pretensiones de la demanda ya que la opción del voto en blanco no fue mayoría absoluta respecto del total de votos depositados por los demás candidatos. En efecto, según el acto acusado la votación total por los candidatos inscritos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena fue de 77.550 sufragios, lo que indica que la votación que debía conquistar el voto en blanco para propiciar la repetición de la elección era de 38.776 votos, pero solamente obtuvo 35.756 votos. Es decir, se trata de una votación insuficiente para lograr el efecto deseado por los demandantes. Es decir, que no es cierto que el Consejo Nacional Electoral vulneró lo dispuesto en los artículos 1º y 258 parágrafo 1º, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, pues aplicó en su verdadera dimensión la última norma tras haber constatado que los votos depositados a favor del voto en blanco no constituían mayoría absoluta frente al total de votos válidos conquistados en las urnas por los demás candidatos, potísima razón que torna inane la petición de revisión jurisprudencial elevada por los demandantes.

Nota de Relatoría: La sentencia realiza un completo estudio alrededor de determinar el tipo de mayoría -absoluta o relativa- que exige el parágrafo 1 del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9 del Acto Legislativo 01 de 2009, para que la votación depositada a favor del voto en blanco dé lugar a que se repita, por una sola vez, la respectiva elección. Sentencia C-490 de 2011. Corte Constitucional

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)

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

Como quiera que se cumplieron a plenitud los trámites propios del proceso de la referencia, la Sala entra a proferir fallo de única instancia.

## I. DEMANDA

### 1. Pretensión

Con la demanda se pidió:

“Se decrete la Nulidad del Acto Administrativo E-26 CA de 2014 proferida (sic) por el Consejo Nacional Electoral por la cual ‘se declara la elección del representante a la Cámara por la ‘Circunscripción especial Indígena’ para el período 2014-2018”.

### 1.2. Fundamentos de hecho

Señalan los demandantes que la elección acusada, que se surtió el 9 de marzo de 2014, arrojó como resultados finales, según el formulario E-26, los siguientes: Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia 28.361 votos, Movimiento Alternativo Indígena y Social 21.534 votos, Movimiento Unidad Indígena y Popular 13.655 votos, Renovación Étnica de Colombia 4.400 votos, Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas 2.870 votos, y votos en blanco 35.756.

Agregan que no obstante que el voto en blanco obtuvo la mayor votación respecto de las demás opciones, el Consejo Nacional Electoral (CNE) declaró la elección de Germán Bernardo Carlosama López, inscrito por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia (AICO).

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

Sostienen los demandantes que al momento de declarar la elección del Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, señor Germán Bernardo Carlosama López, el CNE aplicó el artículo 258 parágrafo 1º, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, pero bajo una interpretación equivocada.

Explican que según el sentido natural la expresión “*mayoría*” alude “*a la cualidad o condición de ser más grande que las otras opciones a las que se refiere la comparación y que si no se hace una cualificación especial... esta no debe entenderse de otra manera...*”. Por ello, si se busca darle un alcance especial lo apropiado es, *v. gr.*, adicionarle a dicha nominación el adjetivo “*absoluta*”, pues nunca en la historia de la democracia y del derecho electoral -dicen los demandantes-, se ha entendido que una mayoría sea por sí sola absoluta, lo cual ejemplifican con la constitución norteamericana.

Manifiestan que lo dicho se corrobora con el artículo 190 de la Constitución colombiana, el cual de manera expresa dispone que el Presidente de la República se elige en la primera vuelta con la mitad más uno de los votos depositados por los ciudadanos. Y, con las Leyes 7ª de 1888 y 119 de 1892 que desarrollaron el sistema electoral de la Constitución de 1886; y con las reglas de mayorías del Consejo de Seguridad de la ONU.

Informan que la “*mayoría absoluta*” envuelve criterios como el 100% de los votos, la mitad más uno de los votos, las tres cuartas partes o “*cualquier otra que a un legislador se le pueda ocurrir*”.

Señalan que también se violó lo previsto en el artículo 1º Superior, en cuanto establece que Colombia es un Estado democrático, participativo y pluralista, ya que a partir de los conceptos de democracia participativa y representativa, matizados por el principio de igualdad en el derecho al voto y la participación de las minorías, la eficacia jurídica actual del voto en blanco denota la preponderancia de la democracia participativa sobre la democracia representativa, pues es la negación de la representación de aquellos que obtienen una exigua votación en comparación con dicha alternativa.

Los demandantes incluso afirman que la revocatoria del mandato y la configuración actual del voto en blanco, se muestran como figuras hermanas, encaminadas a evitar que las personas con bajísimos niveles de legitimidad permanezcan en los cargos de elección popular o accedan a ellos.

Entienden que a raíz de la relevancia constitucional y democrática que han adquirido las minorías en el territorio nacional, la comprensión de la mayoría absoluta como regla general para adoptar decisiones electorales es inaceptable, a no ser que corresponda a una consagración expresa del legislador. Que para evitar el dominio de las mayorías sobre las minorías se implementó la “*representación proporcional de los partidos*”, con lo que se buscó poner fin a conflictos bélicos internos derivados de la forma como se integraba el poder político. Además, se agrega que:

“Negar el trascendental hecho democrático de la victoria del voto en blanco en la circunscripción de los indígenas es burlarse de la democracia participativa -deliberativa y del reconocimiento de lo pluriétnico y multicultural de nuestro pacto social. Las comunidades indígenas colombianas merecen un proceso electoral en el cual se respete su decisión y tengan derecho a presentar candidatos que realmente los representen porque en la elección pasada la mayoría indígena dijo que ninguno de los candidatos los representaba y que querían nuevos candidatos que es lo que dijeron inequívocamente cuando ganó el voto en blanco”.

Por último, bajo una perspectiva histórica del parágrafo 1º del artículo 258 Constitucional, en la que se comparan los textos normativos de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 en cuanto a la

configuración jurídica del voto en blanco, y donde se retoman algunas de las manifestaciones parlamentarias durante el trámite de la última de esas enmiendas constitucionales, se aduce por los demandantes que la decisión de "*desaparecer la expresión absoluta como adjetivo calificativo del sustantivo mayoría en la norma constitucional no fue una casualidad sino el producto de una clara e inequívoca decisión política de los legisladores*", que por cierto fue aprobada por unanimidad durante los ocho debates de que fue objeto el proyecto que dio paso al Acto Legislativo 01 de 2009.

## II. CONTESTACIÓN

La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), con documento radicado el 14 de octubre de 2014 (fls. 129 a 145), cuestionó su vinculación al proceso como parte demandada e incluso formuló la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*", que sustentó en el rol que desempeña la entidad frente a los certámenes electorales y en que nada tiene que ver con los hechos informados por los demandantes como sustento de la ilegalidad del acto acusado.

El Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, señor Germán Bernardo Carlosama López, con escrito presentado a título personal el 24 de octubre de 2014 (fls. 147 a 152), se opone a las pretensiones de la demanda. Se apoya en que la sentencia C-490 de 2011 declaró la inexecutable de la norma que pretendía hacer repetir las elecciones populares en las que "*el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación*"; e igualmente en que la Sección Quinta del Consejo de Estado en el fallo de 9 de marzo de 2012, expedientes 110010328000201000029-00 y 110010328000201000034-00, fijó el alcance jurídico de la configuración que el Acto Legislativo 01 de 2009 dio al voto en blanco.

Es decir, que todo ello indica que se deben tener en cuenta todos los votos válidos para determinar si se repite la elección, pero no solamente los votos alcanzados por una de las diferentes candidaturas, así sea la de mayor votación. Razonamiento que esgrimió la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la citada norma de la Ley 1475 de 2011. Finalmente sostiene:

*"Es así, que en las iniciativas de origen legislativo y en particular la participación política de las comunidades indígenas en Colombia se debe agotar el proceso de consulta previa, es ahí donde se establecerá todo el proceso electoral que nos rija a los pueblos para su representación política en los distintos cargos de elección popular, además es un derecho fundamental que nos ampara la Constitución y la ley y todo su bloque de constitucionalidad".*

## III. AUDIENCIA INICIAL

Esta diligencia se realizó el 1º de diciembre de 2014 con la presencia del Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado,

los demandantes y la apoderada de la RNEC. En primer lugar, se estudió la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" propuesta por esta entidad de la Organización Electoral, la cual se declaró probada con fundamento en que los reparos presentados por los accionantes no guardaban ninguna relación con el proceder de sus funcionarios. En segundo lugar, ningún saneamiento hubo de practicarse porque el trámite del proceso se ajustó a derecho. En tercer lugar, no se precisaron los hechos comunes a las partes dado que el demandado no se refirió a los mismos. En cuarto lugar, el litigio se fijó alrededor de estos interrogantes:

*"1.- Qué tipo de mayoría -absoluta o relativa- exige el artículo 258 parágrafo 1º de la Constitución, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, para que la opción del voto en blanco dé lugar a que se repita por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública; y si es viable modificar el antecedente jurisprudencial sentado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 9 de marzo de 2012 proferida en el proceso electoral No. 110010328000201000029-00 contra la elección del Parlamento Andino (2010-2014), y la doctrina constitucional fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011?"*

*2.- ¿La elección del señor Carlos Bernardo Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena (2010-2014), contenida en el formulario E-26 CA de 3 de julio de 2014, viola lo dispuesto en el artículo 258 parágrafo 1º de la Constitución, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009?"*

En quinto lugar, se tuvieron como pruebas las aportadas por las partes y no se decretaron otras adicionales porque las partes no hicieron ninguna petición al efecto. Finalmente, y como no había pruebas por practicar, el proceso se volvió escritural y se concedió un término de 10 días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y para que el agente del Ministerio Público rindiera concepto.

## IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los demandantes Jorge Ignacio Salcedo Galán y Jeritza Merchán Díaz, con documento presentado el 16 de diciembre de 2014 (fls. 184 y 185), expresaron que es necesario rectificar la jurisprudencia de esta Sección que se invocó en el auto admisorio de la demanda al denegar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, puesto que no se tomó en cuenta la "*intención del legislador*".

Afirman que se hizo una cita inexacta de la sentencia C-490 de 2011 porque no es cierto que se haya declarado la inexecutable de una norma estatutaria con ese contenido, y que "*Cualquier otra expresión al respecto del voto en blanco y de la mayoría que [se] requiere para ganar, de este fallo*

*de la Corte Constitucional o de cualquier otro fallo, sobre el problema jurídico a resolver no sería más [que] un 'obiter dicta' que por supuesto no se constituye ni en cosa juzgada ni en precedente jurisprudencial...".*

## V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado presentó su concepto el 12 de diciembre de 2014 (fls. 173 a 183). Allí recomendó denegar las pretensiones de la demanda tras acudir a lo discutido y decidido por la Sección Quinta en la sentencia de 9 de marzo de 2014 (Expedientes 110010328000201000029-00 y otro), que desestimó la nulidad de la elección del Parlamento Andino, y por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011 que, entre otras cosas, declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 30 del proyecto de ley que a la postre resultó ser la Ley 1475 de 2011, y después de considerar que los accionantes aspiran a que se aplique una mayoría distinta de la constitucionalmente prevista, esto es, que se emplee una mayoría simple o relativa, cuando lo correcto es una mayoría absoluta, la mitad más uno de los votos emitidos.

Además, el colaborador fiscal no encontró viable hacer la rectificación jurisprudencial propuesta con la demanda, ya que ello *"implicaría el revivir la norma del proyecto de ley estatutaria que fuera declarado inexecutable por la Corte Constitucional..."*, así como desconocer el carácter definitivo de los fallos de esa Alta Corte.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de esta demanda de nulidad electoral en única instancia, está fijada por lo dispuesto en el artículo 149 numeral 3º del CPACA, en armonía con lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 58 de septiembre 15 de 1999 -Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado, ya que se juzga la validez de la elección del señor Germán Bernardo Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, período constitucional 2014-2018.

### 2. De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La designación del señor Germán Bernardo Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, período constitucional 2014-2018, se probó con copia auténtica del formulario E-26 CA generado el 3 de julio de 2014, expedido por el Consejo Nacional Electoral<sup>1</sup>.

### 3. Asunto de fondo

Los señores Jorge Ignacio Salcedo Galán y Jeritza Merchán Díaz demandan la validez de la elección del señor Germán Bernardo

Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, período 2014-2018, inscrito por el movimiento AICO, consignada en el formulario E-26-CA de 3 de julio de 2014, con fundamento en la supuesta violación de los artículos 1º y 258 párrafo 1º de la Constitución.

A partir de la información contenida en el acto acusado (E-26 CA), según la cual la opción del voto en blanco obtuvo un total de 35.756 votos, superior a la alcanzada por cualquiera de los diferentes candidatos y desde luego por el demandado (28.361 votos), afirman los demandantes que se transgredió lo previsto en el artículo 258 párrafo 1º de la Constitución, por interpretación errónea, debido a que al haber sido el voto en blanco la opción más votada, lo que procedía era repetir, por una sola vez, la elección, lo que a su vez se traduce en que el señor Carlosama López, no obstante los votos que conquistó, no podía ser proclamado como representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena.

La interpretación esbozada por la parte actora se cimenta en la reforma que introdujo el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009 al párrafo 1º del artículo 258 Superior, cuyo texto original ya había sido modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2003, que para ellos produjo como resultado el abandono de la *mayoría absoluta* como parámetro propiciador de la repetición de la elección, para sustituirlo por el de una *mayoría simple*, de suerte que si la opción del voto en blanco logra una votación superior, no a la del total de votos de todas los candidatos o listas presentadas a la contienda electoral, sino a la del candidato o lista con más votos, lo que procede es realizar de nuevo la elección con la precisión de que en el caso de las corporaciones públicas únicamente podrán volver a participar quienes hayan superado el umbral.

Tal como lo advirtieron el representante a la Cámara demandado al contestar la demanda, el agente del Ministerio Público y esta Sección al expedir el auto de 18 de septiembre de 2014, mediante el cual se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto en cuestión, y quien elabora esta ponencia al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, el problema jurídico inmerso en este debate procesal gira alrededor de determinar el tipo de mayoría -absoluta o relativa- que exige el párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, para que la votación depositada a favor del voto en blanco dé lugar a que se repita, por una sola vez, la respectiva elección.

El texto del párrafo 1º del artículo 258 Constitucional, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2003, decía:

**"Párrafo 1º. 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**

<sup>1</sup> Folios 15 a 19.

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*" (Negrillas de la Sala).

Y, el texto del párrafo 1º del artículo 258 Constitucional, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, dice:

*"Párrafo 1º.- Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vueltas 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".* (El original no trae negrillas)

La reforma anterior, que evidentemente suprimió el adjetivo "absoluta" a la expresión "mayoría" que venía desde la enmienda constitucional de 2003, generó un intenso debate en torno al tipo de mayoría que se requería para invalidar la elección y provocar su repetición por una sola vez. Algunos defendían la idea de que el constituyente había adoptado la *mayoría relativa* como punto de referencia para dar plena preponderancia al voto en blanco, de modo que si esta opción obtenía una votación superior a la de cualquier candidato o lista debía repetirse la elección; en cambio, otros propugnaban por la tesis de que a pesar de la reforma se mantenía como parámetro la *mayoría absoluta* para que el voto en blanco tuviera el señalado efecto jurídico.

Guiados por la primera de las tesis mencionadas, que daba plenos efectos jurídicos al voto en blanco como *mayoría relativa*, el Gobierno nacional ante el Congreso de la República impulsó el Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado - 092/10 Cámara "*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*". Este proyecto, que finalmente se convirtió en la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, se propuso desarrollar, entre otras cosas, el párrafo 1º del artículo 258 Constitucional, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, bajo la formulación de esta potencial norma:

**"Artículo 30. Periodos de inscripción.** El periodo de inscripción de candidatos y listas a cargos y corporaciones de elección popular durará un (1) mes y se iniciará cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación. En los casos en que los candidatos a la Presidencia de la República sean seleccionados mediante consulta que coincida con las elecciones de Congreso, la inscripción de la correspondiente fórmula podrá realizarse dentro de

los cinco (5) días hábiles siguientes a la declaratoria de resultados de la consulta.

En los casos de nueva elección o de elección complementaria para el resto del periodo de cargos y corporaciones de elección popular, el periodo de inscripción durará quince (15) días calendario contados a partir del día siguiente de la convocatoria a nuevas elecciones.

**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.**

La inscripción de candidatos para la nueva elección se realizará dentro de los diez (10) días calendario contados a partir del día siguiente a la declaratoria de resultados por la correspondiente autoridad escrutadora.

**Parágrafo.** En los casos de nueva elección o de elección complementaria, la respectiva votación se hará cuarenta (40) días calendario después de la fecha de cierre de la inscripción de candidatos. Si la fecha de esta votación no correspondiere a día domingo, la misma se realizará el domingo inmediatamente siguiente". (La Sala destaca con negrillas)

El proyecto de norma resaltado establecía que la repetición, por una sola vez, de las votaciones para elegir cargos unipersonales o corporaciones públicas de elección popular procedía "*cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación*". Esto reflejaba que los efectos jurídicos atribuidos por el constituyente derivado al voto en blanco operaban bajo una *mayoría relativa*, con lo que bastaba que esa opción política superara en votación a cualquiera de los candidatos o listas inscritas para que se invalidara la respectiva elección y tuviera que repetirse por una sola vez.

En ejercicio de la facultad prevista en el artículo 153<sup>2</sup> de la Constitución Política, la Corte Constitucional procedió a la revisión previa y automática del citado proyecto de ley estatutaria. El inciso 3º del artículo 30 fue declarado inexecutable<sup>3</sup> con la sentencia C-490 de 2011, bajo las siguientes consideraciones:

2 Esta norma establece: "Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla".

3 La parte resolutive del fallo dispuso al efecto: "*Duodécimo.- Declarar executable el artículo 30 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, con excepción de su inciso tercero que se declara inexecutable*".

“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 alcaldes, gobernadores, presidente de la república en primera vuelta o miembros de las corporaciones públicas cuando el voto en blanco adquiera 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 1° de 2009.** En efecto, el párrafo primero del artículo 258 de la Constitución modificado por el mencionado acto reformatorio, 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 hallado contrario a la Constitución, un aparte del mandato contenido en el párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución, sobre la mayoría requeridas para conferir poder invalidante al voto en blanco<sup>4</sup>.

No obstante que la Corte Constitucional declaró la inexecutable del inciso 3° del artículo 30 del proyecto de ley estatutaria porque el párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 01 de 2009, *“impone una mayoría absoluta”*, y no

la mayoría aquí alegada por los demandantes, unos ciudadanos demandaron ante la Sección Quinta del Consejo de Estado la legalidad de la elección de los representantes por Colombia al Parlamento Andino, período 2010-2014, para lo cual adujeron que gracias a que la opción del voto en blanco obtuvo una votación superior a la lista que más votos alcanzó, lo propio era anular el acto acusado y repetir la elección.

Las pretensiones de esa demanda fueron desestimadas con fallo que actualmente se halla en firme y cuya jurisprudencia los ahora demandantes piden su rectificación, motivo por el cual y para conocer a profundidad las razones de la decisión, se transcribe *in extenso*, así:

“6.- Efecto del voto en blanco en el ordenamiento jurídico vigente. mayoría necesaria para que este logre la nulidad de las elecciones y, en consecuencia, su repetición.

Le corresponde ahora a la Sección resolver la controversia señalada por los demandantes, relativa a: i) el tipo de mayoría que exige el Acto Legislativo N° 1 de 2009 para que el voto en blanco tenga el poder de invalidar unas elecciones, y ii) si hay una diferencia entre la mayoría consagrada en el Acto Legislativo N° 1 de 2003 y la reforma constitucional de 2009.

Antes de absolver los anteriores interrogantes, la Sala considera pertinente señalar que la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011, al estudiar el proyecto de ley estatutaria que se convertiría en la Ley 1475 de 2011, juzgó contraria a la Constitución la disposición estatutaria que preceptuaba que debía repetirse, por una sola vez, las votaciones para elegir alcaldes, gobernadores, Presidente de la República en primera vuelta o miembros de las corporaciones públicas, cuando el voto en blanco obtuviese más votos que el candidato o lista que hubiere sacado la mayor votación. Esta disposición tenía como supuesto fáctico el mismo parámetro que los demandantes pretenden hacer valer en el caso bajo análisis. El Tribunal Constitucional constató que esta disposición contemplaba una regulación distinta *en relación con la mayoría requerida para que el voto en blanco pudiera invalidar una elección, a aquella que señala el Acto Legislativo N° 1 de 2009, reformatorio del artículo 258 de la Constitución, y según la cual, la elección se debe repetir en el evento de que el voto en blanco constituya la mayoría “del total de votos válidos”*. De esta manera, advirtió la Corte que “[e]s 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 mayoría simple, en clara vulneración de la norma constitucional”.

<sup>4</sup> C-490 de 23 de junio de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Si bien el fallo referido no hace un examen exhaustivo del tema, sí resulta ilustrativo que en él se hubiese señalado que el parámetro para establecer la mayoría de votos en blanco que obligue a repetir por una sola vez las votaciones, no puede ser aquel según el cual dicho voto obtenga más votos que el candidato o lista con la mayor votación, sino **el del total de votos válidos**, en donde el voto en blanco debe ser la mayoría frente a estos.

Ahora bien, en la exposición de motivos del Acto Legislativo N° 1 de 2009, se consignaron los siguientes argumentos para eliminar del texto constitucional la expresión “*absoluta*” que calificaba la mayoría necesaria que debe obtener el voto en blanco para invalidar una elección:

*“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 advierten 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”.<sup>5</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De lo transcrito, se infiere que la reforma constitucional pretendía que la sanción ciudadana que conlleva el voto en blanco, se hiciera efectiva con una mayoría denominada “simple” y no con una mayoría “absoluta”, como la descrita en el Acto Legislativo N° 1 de 2003. Nótese, no obstante, que la criticada mayoría absoluta era entendida como la mitad más uno del total del censo electoral, cuando en realidad el texto literal del artículo 11 del Acto Legislativo N° 1 de 2003, establecía

sin lugar a equívocos que el parámetro respecto del cual debía configurarse tal mayoría, era el de “*los votos válidos*”.

Esta Sala considera importante subrayar que, en su entender, el vocablo **mayoría**, ya se trate de simple o absoluta, hace referencia a una votación mínima -la mitad más uno- que se debe obtener para lograr el efecto jurídico correspondiente. La diferencia entre una y otra radica en el **parámetro** que se establezca para su determinación.

Un ejemplo de este aserto son los distintos preceptos constitucionales que se refieren a una y otra mayoría en referencia a las votaciones que se deben surtir en los órganos colegiados, específicamente, los de elección popular. Así, la alusión a una mayoría absoluta tiene como parámetro la totalidad de **los miembros de la respectiva corporación**. Por su parte, la mayoría simple u ordinaria tiene otro parámetro, la mitad más uno **de los asistentes a la respectiva sesión**<sup>6</sup>.

Otro tipo de mayoría es la denominada **cuantificada**, que requiere un porcentaje de votos diverso a la simple y la absoluta para la adopción de una decisión, como puede ser, dos tercios, o tres quintos de los votos. Ejemplo de esta es la mayoría que se exige en el artículo 150, numeral 17, de la Carta, que otorga al Congreso la facultad de conceder amnistías o indultos

<sup>6</sup> Sobre el particular se pueden revisar las normas constitucionales que fijan las reglas de las mayorías para la adopción de las decisiones en el Congreso de la República. Así, por ejemplo, el artículo 135 numeral 9 de la Constitución Política, relativo a la facultad de cada cámara del Congreso de la República de proponer moción de censura respecto de los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos, preceptúa que “*su aprobación requerirá el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que lo haya propuesto*”, haciendo clara alusión a la mayoría absoluta dentro del Senado o la Cámara de Representantes, según sea quien haya propuesto la moción de censura. De igual manera, el artículo 150 superior, que consagra las funciones del Congreso, establece, por ejemplo, en su numeral 10, que faculta a dicho órgano a revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley; y dispone, como regla de mayoría para su aprobación, “*la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara*”.

También en los artículos 151 y 153 del Texto Superior, se exige mayoría absoluta. En el primero de estos, en el que se hace referencia a la facultad del órgano legislativo nacional para expedir leyes orgánicas, se establece que para su aprobación, se requerirá “*la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara*”. En el caso del artículo 153, se requiere, asimismo, para la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias, “*la mayoría absoluta de los miembros del Congreso*”. Por contraposición, la mayoría simple, si bien se alcanza igualmente con un mínimo de la mitad más uno, cuenta con otro estándar respecto del cual se configura. La mayoría simple, pues, no requiere que el cómputo se haga sobre todos los miembros de la corporación, sino sólo en relación con los presentes, es decir, quienes, efectivamente, participen en la decisión sobre el asunto bajo consideración. Ejemplo de este tipo de mayoría, que también ha sido denominada mayoría ordinaria, se encuentra en el artículo 146 de la Constitución, en el que se establece como regla general para la toma de decisiones en el Congreso una mayoría simple u ordinaria, en tanto se requiere “*la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial*”. Asimismo, para la elección del Presidente de la República, se exige una mayoría simple, pues se requiere “*la mitad más uno de los votos*” que sean depositados en las urnas.

<sup>5</sup> Gaceta del Congreso N° 558 de 28 de agosto de 2008, p. 8.

generales por delitos políticos, para lo cual se requiere la aprobación “por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara”. En este caso, nuevamente, el parámetro lo constituye el número de miembros de una y otra corporación y no los asistentes a la sesión correspondiente.

Fuera de las anteriores mayorías, existe otra que se llama relativa y que, según el Diccionario de la Real Academia Española, es aquella “*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*”. Ejemplos de esta mayoría es la que se exige para la elección de alcaldes, gobernadores y Presidente de la República en segunda vuelta. Otro ejemplo lo constituye la mayoría que contenía el proyecto de ley estatutaria analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 y declarada inexecutable por contravenir el parámetro estipulado por la Carta de 1991, con la reforma del Acto Legislativo N° 1 de 2009. En efecto, en dicho proyecto se consagraba que “*cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación*”.

El señalamiento de reglas claras en la adopción de cualquier decisión es fundamental para el desarrollo adecuado de la institucionalidad.<sup>7</sup>

*“La democracia no es sencillamente, como lo define su traducción etimológica, el gobierno del pueblo sino es el gobierno del pueblo que se ejerce por ciertos canales preestablecidos”.*

Lo expuesto, aplicado al caso en estudio, se traduce precisamente en el hecho de que los demandantes fundan su acusación en que en la supresión del calificativo “*absoluta*” de la mayoría a la que hace referencia el artículo 258 constitucional en virtud del Acto Legislativo N° 1 de 2009, implica que ahora, por mandato constitucional, la mayoría de votos en blanco que se exige para que estos invaliden una elección, es la que aquí hemos denominado **relativa** y cuya introducción en nuestro ordenamiento fue rechazada por la Corte Constitucional, por resultar contraria al mandato superior.

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 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, solo 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, por las razones que pasan a explicarse:

- i) Es cierto que el Constituyente derivado manifestó su interés de modificar el artículo 258 en cuanto a los requisitos para que el voto en blanco pudiera anular una elección, sin embargo, ese querer no quedó reflejado en la redacción del texto de la reforma, pues en realidad lo único que hizo fue eliminar el adjetivo “*absoluto*” sin introducir cambio alguno al parámetro a partir del cual esa nueva mayoría debería ser tomada, cuando lo que ha debido ser objeto de modificación era precisamente este elemento. En consecuencia, antes y después de la reforma de 2009, existe un mismo parámetro para determinar la mayoría que se requiere para la anulación de unas elecciones por el ejercicio del voto en blanco, y este no es otro que: **el total de los votos válidos depositados en los respectivos comicios**. Se trata así, de una mayoría simple que se mide respecto de la totalidad de los votos válidos. No de otra manera puede entenderse la disposición constitucional - artículo 258,

<sup>7</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencias, C-194 y T-569 de 2011; T-760 de 2008; T-726 de 2005; T-488 de 2010 y T-699 de 1996, entre otras.

parágrafo 1º -, pues de haberse querido consagrar una *mayoría relativa* del voto en blanco respecto de los candidatos y listas postulantes, el Constituyente derivado expresamente así lo habría dispuesto, como en su momento lo hizo el legislador en el proyecto de ley estatutaria a la que hemos hecho mención y declarado inconstitucional justamente por ser contrario al artículo 258 superior.

Algunos podrían alegar que la anterior interpretación resulta formalista y apegada a la literalidad, desconociendo por demás el llamado “*efecto útil*” de la norma reformada. Para quienes así pudieran razonar, es importante señalar que la redacción de la *regla* contenida en el artículo 258 de la Constitución es clara y no es posible hacer interpretaciones que ni se deducen de su texto ni son acordes con él. No es lo mismo, ni tiene el mismo efecto señalar que el precepto constitucional ordena que el voto en blanco es mayoría cuando obtenga una votación mayor a la del candidato o lista mayoritaria que afirmar que esa mayoría lo es en relación o frente a la totalidad de los votos válidos emitidos, como expresamente lo exige el precepto reformado. En consecuencia, no se puede hablar de un efecto útil, pues ello implicaría no una interpretación sino una reforma al texto constitucional que, en términos democráticos, es inaceptable, por cuanto el poder de reforma no radica en la jurisdicción.

ii) No resulta proporcional en un régimen democrático y pluralista como el que nos rige, aceptar, mientras el Constituyente primario o derivado no resuelva lo contrario, que en un sistema electoral como el colombiano en donde, pese a las últimas reformas, existe un amplio número de partidos y movimientos políticos que le permiten al elector un amplio espectro de opciones -14 en el caso objeto de estudio- para una mayor participación de los grupos minoritarios, imponer la repetición de una elección porque el voto en blanco superó a uno de los candidatos y no al conjunto de estos. Esta interpretación resulta excluyendo a una mayoría que optó por apoyar a una de las diversas propuestas y que, por ende, asintió con su elección en una escogencia determinada, frente a otra cuya voluntad era manifestar su inconformidad con ese plexo de opciones y que resulta victoriosa, no porque efectivamente sea la fuerza mayoritaria sino porque su parámetro de comparación fue el candidato con la mayor votación y no todos los que fueron objeto de escrutinio.

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.

La interpretación de la norma constitucional que prohija esta Sala busca hacer efectivo el principio de tutela efectiva de los derechos de las minorías que, como lo señala Paolo Biscaretti di Ruffia, “*suelen organizarse concretamente en una multiplicidad de partidos políticos [...] dando origen así a variados sistemas de pluripartidismo*”<sup>8</sup>. En este caso, la Sala busca privilegiar las votaciones que recibieron todos los partidos, grupos y movimientos que se presentaron a la contienda -14 en total- algunos de ellos, grupos minoritarios como el Movimiento Nacional Afrocolombiano (Afro); la Alianza Social Afrocolombiana (ASA) y el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, entre otros, que quedarían por fuera de la elección a repetirse por no alcanzar el umbral, pese a que hubo la intención de un electorado, minoritario sí, de apoyar su propuesta.

En otros términos, de aceptarse la interpretación que se plantea en la demanda, se estaría privilegiando a una minoría, en este caso, aquella que no estaba conforme con las listas propuestas, frente a unas mayorías que optaron por una determinada opción.

### 7.1. Violación del orden jurídico superior en el que debía fundarse el acto demandado

Este vicio se configura cuando la decisión contenida en el acto administrativo desconoce normas superiores. Según la parte demandante, la resolución atacada contraviene lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política, al fundarse en que es necesaria una mayoría de la mitad más uno de votos blancos, en relación con los votos válidos, para que se deban repetir las votaciones al Parlamento Andino para el período 2010 - 2014. A juicio de los actores, esta era la situación prevista en el texto del Acto Legislativo Nº 1 de 2003, que exigía una mayoría absoluta, pero que no se encontraba vigente al momento de la expedición del acto demandado, pues dicha reforma constitucional fue sustituida por el Acto Legislativo Nº 1 de 2009, que estipula una mayoría simple.

8 PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA “La introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las Formas de Gobierno”, Fondo de Cultura Económica. Reimpresión Colombiana 1997, pág. 122 y 123.

Tal acusación es infundada, habida cuenta de que, como quedó establecido, la reforma contenida en el Acto Legislativo de 2009, no ordenó nada distinto a lo estipulado en aquella de 2003, en la medida en que, a pesar de que la primera añadía el adjetivo de “*absoluta*” a la mayoría exigida para que el voto en blanco tuviera poder invalidante, establecía idéntico parámetro de cuantificación al ahora vigente, contenido en el Acto Legislativo N° 1 de 2009, cual es: ***el total de los votos válidos depositados en los comicios***. Así pues, según lo dicho a lo largo de las consideraciones del presente fallo, en realidad, en ambos casos se trata de una mayoría simple consistente en la mitad más uno de la totalidad de los votos válidos.

Yerran los demandantes al interpretar que la supresión de la expresión “*absoluta*” de la reforma constitucional de 2009, implicó la admisión en nuestro ordenamiento constitucional de una *mayoría relativa* para que el voto en blanco pueda invalidar unas elecciones. Como fue antes explicado, es esta la mayoría que se configura por el mayor número de votos, no en relación con el total de votos válidos, sino frente a las listas o candidatos, lo cual no puede deducirse, de ninguna manera, del texto de la disposición constitucional vigente, tanto así, que la Corte Constitucional declaró inexecutable el contenido del proyecto de ley estatutaria que contemplaba este supuesto para que del mismo se derivara la consecuencia de invalidación de la elección y repetición de las votaciones, precisamente por resultar contrario al parámetro establecido en el párrafo 1° del artículo 258 superior”.<sup>9</sup>

Los demandantes piden que se rectifique la anterior posición jurisprudencial de la Sección Quinta. Insisten en que el párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 01 de 2009 no se refiere a una mayoría absoluta sino a una mayoría relativa, ya que para entender que se trata de la primera se requiere de su consagración expresa. Acuden a los antecedentes legislativos del mencionado proyecto de ley estatutaria para demostrar que el propósito del legislador fue el de implementar la mayoría relativa para hacer repetir la elección en los casos en que el voto en blanco supere en votos a cualquiera de los candidatos o listas, según el caso. Y, consideran que se afecta el principio de participación democrática dado que a las minorías se les niega la posibilidad de hacer repetir las votaciones y de esa forma renovar la clase política, al tiempo que se facilita que la representación política quede en manos de personas con baja votación.

La rectificación jurisprudencial no es viable por múltiples razones.

En primer lugar, recuerda la Sala que la posición asumida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el fallo de 9 de marzo de 2012 (Exp. 201000029 y otro) se fundó, entre otras cosas, en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011 en cuanto declaró inexecutable el inciso 3° del artículo 30 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*”.

El inciso 3° del artículo 30 en mención, que puede calificarse como una interpretación por el legislador<sup>10</sup> pues buscaba desarrollar el párrafo 1° del artículo 258 Constitucional, modificado por el artículo 9° del Acto Legislativo 01 de 2009, pretendía establecer que las votaciones para cargos unipersonales o de corporaciones públicas de elección popular se debían repetir “*cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación*”, con lo que innegablemente quedaría demostrado que la interpretación acertada del texto constitucional era la propuesta por los señores Salcedo Galán y Merchán Díaz en esta demanda.

Sin embargo, la inexecutable del inciso 3° del artículo 30 del aludido proyecto de ley estatutaria, así decretada por la Corte Constitucional con la sentencia C-490 de 2011, demostró que esa no era la auténtica interpretación del texto constitucional, dado que “*la norma constitucional impone una mayoría absoluta*”. (La Sala impone neग्रillas).

Los efectos de la sentencia C-490 de 2011 son variados. Uno de ellos es el contemplado en el artículo 243 de la Constitución, que establece que “*Los fallos que la Corte [Constitucional] dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*”, con la prohibición para todas las autoridades públicas de “*reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo,...*”, siempre y cuando se mantengan en la norma Superior los preceptos jurídicos que sirvieron de parámetro para surtir el control de constitucionalidad.

Otros efectos de las sentencias expedidas por esa Alta Corte en ejercicio del control constitucional, están consagrados en el artículo 48 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1995 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, que predica que dichos fallos “*solo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva...*” y que “*La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general*”.

La Sala, conforme a lo anterior, advierte que la sentencia C-490 de 2011 produjo efectos de cosa juzgada constitucional respecto de la inconstitucionalidad del inciso 3° del artículo 30 del proyecto de ley estatutaria que actualmente es la Ley 1475

<sup>9</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 9 de marzo de 2012. Expediente: 110010328000201000029-00. Demandante: Hermán Gustavo Garrido Prada y otros. Demandado: Representantes por Colombia al Parlamento Andino (2010-2014). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>10</sup> Esta forma de interpretación está regulada por el artículo 25 del Código Civil que dice: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”. El texto subrayado se declaró inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-820 de 2006.

de 2011, que albergaba un contenido normativo igual al que los demandantes quieren hacer valer como interpretación plausible de la enmienda que el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009 hizo al párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución.

Por ello, la intangibilidad e inmutabilidad que caracterizan a la cosa juzgada llevan a sostener que no es viable acoger la interpretación avalada por los demandantes, en el sentido de que las votaciones deben repetirse cuando la opción del voto en blanco logre un respaldo mayoritario frente a cualquiera de los candidatos o listas inscritas para el certamen electoral, porque ello supondría la indebida reproducción de un texto que el Tribunal Constitucional impidió que ingresara al mundo jurídico por contravenir el ordenamiento superior.

Solamente podría evitarse la fuerza vinculante de la cosa juzgada constitucional en la medida que el entorno constitucional hubiera experimentado una modificación sustancial. Es decir, que la inexequibilidad decretada por el Tribunal Constitucional con la sentencia C-490 de 2011 sobre el inciso 3º del artículo 30 del citado proyecto de ley estatutaria, únicamente dejaría de ser un escollo para asumir de nuevo el estudio de la mayoría requerida para que el voto en blanco pudiera propiciar la repetición de las elecciones por una sola vez, si el referente constitucional utilizado para practicar dicho control se hubiera modificado de fondo o ya no existiera, sin embargo, el contenido normativo del párrafo 1º del artículo 258 Superior sigue siendo el mismo que se adoptó con el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, lo cual impide absolutamente retomar dicho estudio dado los efectos *erga omnes* que tienen las sentencias de inexequibilidad de esa Alta Corte que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Además, no solamente el *decisum* de la sentencia C-490 de 2011 impide adoptar como posición válida la interpretación sugerida por los señores Jorge Ignacio Salcedo Galán y Jeritza Merchán Díaz. También la *ratio decidendi* de ese fallo rechaza la posibilidad de que el texto actual del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución imponga la mayoría simple o relativa como factor desencadenante de la repetición de las elecciones, puesto que con total claridad la Corte Constitucional motivó su decisión en el hecho de que *"la norma constitucional impone una mayoría absoluta"* (La Sala destaca).

Así, el Tribunal Constitucional efectuó una interpretación por vía de autoridad sobre la norma constitucional tantas veces mencionada, que *"tiene carácter obligatorio general"* (Ley 270/96 Art. 48). Por lo mismo, la Sección Quinta del Consejo de Estado no puede apartarse de la interpretación realizada en la sentencia C-490 de 2011 respecto de la mayoría que se necesita para que se repita la votación por una sola vez, que además de compartirse resulta ser inescindible de la decisión de inexequibilidad, ya que una posición contraria indefectiblemente conduciría al absurdo de aceptar lo decidido en torno a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pero contradictoriamente desacatar la razón de ser de esa decisión, esto es, que se requiere una mayoría absoluta y no

una mayoría relativa para que se imponga el voto en blanco sobre las demás alternativas políticas.

En este orden de ideas, la sentencia C-490 de 2011 constituye cosa juzgada constitucional frente a la norma contenida en el inciso 3º del artículo 30 del proyecto de ley estatutaria que hoy es la Ley 1475 de 2011, la cual no se puede reproducir bajo el artilugio de establecer por medio de interpretación el tipo de mayoría que se requiere para que el voto en blanco dé lugar a que se repita la votación, hermenéutica que por cierto quedó igualmente fijada en la *ratio decidendi* de dicho fallo, que claramente señaló que se necesitaba una mayoría absoluta para que la opción del voto en blanco tuviera ese efecto jurídico.

En segundo lugar, y a pesar de que lo anterior bastaría para no abordar los demás aspectos de la acusación, señalan los demandantes que la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 9 de marzo de 2012 (Exp. 201000029 y otro), pasó por alto examinar los antecedentes del trámite legislativo impartido al proyecto de ley estatutaria que actualmente es la Ley 1475 de 2011, en los que se expuso que el propósito central de la reforma del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución era el de reemplazar el criterio de la mayoría absoluta por el de la mayoría relativa para que la opción del voto en blanco tuviera el efecto jurídico de hacer repetir las votaciones por una sola vez, para lo cual bastó con eliminar el adjetivo *"absoluta"* del contenido de dicha norma.

No corresponde a la verdad la afirmación de los demandantes, en donde se sostiene que la Sección Quinta dejó de analizar los antecedentes legislativos 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"*; por el contrario, en la parte motiva del fallo de 9 de marzo de 2012 hizo expresa mención al móvil que indujo la presentación del proyecto de ley, para lo cual examinó la exposición de motivos que aparece en la Gaceta del Congreso No. 558 de 28 de agosto de 2008, donde se precisaba la propuesta del Gobierno nacional de *"que al voto en blanco se exija una mayoría 'simple' para tener plenos efectos"*.. Empero, también destacó la Sección que el resultado de los debates parlamentarios no concordó con la intención que inspiró la redacción del proyecto en esa parte, porque si bien se pretendía implantar una mayoría relativa en últimas se mantuvo la mayoría absoluta. Exactamente el fallo dijo al efecto:

"Es cierto que el Constituyente derivado manifestó su interés de modificar el artículo 258 en cuanto a los requisitos para que el voto en blanco pudiera anular una elección, sin embargo, ese querer no quedó reflejado en la redacción del texto de la reforma, pues en realidad lo único que hizo fue eliminar el adjetivo *"absoluto"* sin introducir cambio alguno al parámetro a partir del cual esa nueva mayoría debería ser tomada, cuando lo que ha debido ser objeto de modificación era precisamente este elemento. En consecuencia,

antes y después de la reforma de 2009, existe un mismo parámetro para determinar la mayoría que se requiere para la anulación de unas elecciones por el ejercicio del voto en blanco, y este no es otro que: *el total de los votos válidos depositados en los respetivos comicios...*

Bajo estas circunstancias es dable aplicar lo previsto en el artículo 27 del Código Civil que establece que *“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*. Si el texto actual del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, es lo suficientemente claro en cuanto a que se requiere una mayoría absoluta para que el voto en blanco provoque la realización de nuevas elecciones, que es la única interpretación válida que se le puede dar al hecho de confrontar los votos en blanco con el *“total de votos válidos”* y no con *“el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”* -como lo proponía el inciso 3º del artículo 30 del citado proyecto de ley estatutaria-, no resulta razonable ni admisible que la Sala deba sumergirse en los móviles que inspiraron la enmienda constitucional en esa parte, ya que lo que prima en estos casos es el *“tenor literal”* de la norma sobre su *“espíritu”*.

Adicionalmente, la sola supresión del adjetivo *“absoluta”* de que fue objeto el párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución a raíz de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009, no significa, *per se*, que la mayoría absoluta hubiera sido reemplazada por una mayoría relativa como factor determinante para que la votación depositada a favor del voto en blanco pueda provocar la repetición de las votaciones.

Equivocadamente sostienen los demandantes que la única forma en que se pudiera admitir que se aplica una mayoría absoluta en el caso en estudio es por su expresa consagración. La Sala no está de acuerdo con esa postura, dado que en el ordenamiento constitucional se hallan algunos ejemplos sobre la aplicación de tal forma de mayoría sin hacer mención directa a su nominación. Así sucede, *Vr. Gr.*, con: i) la moción de censura de los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos, que se aprueba con *“el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la haya propuesto”*. (Art. 135.9); ii) la sanción presidencial de proyectos que después de objetados *“fuere[n] aprobado[s] por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara”*. (Art. 167); iii) el referendo derogatorio de leyes cuya aprobación debe contar con *“la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en este una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral”*. (Art. 170); iv) la elección del Presidente de la República en la primera vuelta, para lo cual se requiere de *“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”*. (Art. 190); v) la moción de censura de los secretarios de despacho del alcalde, cuya aprobación debe contar con *“la mitad más uno de los*

*miembros que componen el Concejo Distrital o Municipal”*. (Art. 313); vi) la ley que convoca a referendo para reformar la Constitución, la cual debe ser aprobada por *“la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, ...”* y la aprobación de la reforma constitucional por medio de referendo, que debe tener *“el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, ...”* (Art. 378). (Las negrillas son de la Sala).

Está visto, entonces, que en el ordenamiento jurídico interno se emplean distintas formas de redacción para identificar el criterio de mayoría absoluta. En unos casos se acude a la expresión *“mitad más uno”*, en otros a *“la mayoría”* y también a *“más de la mitad”*. Es más, la definición que aparece en el artículo 117 numeral 2º 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”*, define el citado criterio como la decisión asumida *“por la mayoría de los votos de los integrantes”*.

La consistencia de la tesis que se viene exponiendo se refuerza aún más si se tiene en cuenta que la sola expresión *“la mayoría”*, que de hecho se emplea en solitario en el párrafo 1º del artículo 258 Constitucional (Mod. A.L. 01/09) y que se concibe como *“La mayor parte de un número o de una serie de cosas que se expresa”*<sup>11</sup>, adquiere un significado mucho más claro en el referido precepto constitucional cuando se le complementa con el parámetro *“total de votos válidos”*, lo cual no deja ninguna duda en torno a que en las circunstancias actuales la votación solamente debe repetirse cuando el voto en blanco obtenga un voto más que la sumatoria de votos depositados a favor de los candidatos y listas inscritas, según el caso.

Y, en tercer lugar, la Sala no vacila en sostener que la Constitución Política de 1991 se caracteriza, entre otras cosas, por su naturaleza incluyente, por el reconocimiento expreso que hace de la diversidad étnica, cultural, social, etc., y por la imperiosa necesidad de que se logre una igualdad *“real y efectiva”* (C.P. Art. 13), en lo que se ha dado un paso bien importante ya que se ha admitido la existencia de *“grupos discriminados o marginados”* (Ib).

Igualmente es claro que a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003 el voto en blanco fue dotado de unos efectos jurídicos sin antecedentes en la historia nacional, ya que además de entrañar la protesta social contra la clase política tradicional, permite que bajo precisas circunstancias la votación deba repetirse.

Empero, apelar al argumento de que para dar cabida a los grupos minoritarios que optan por votar en blanco, como en efecto lo hacen los demandantes, se debe inferir que el párrafo 1º del artículo 258 Constitucional (Mod. A.L. 01/09), impone una mayoría relativa y no una mayoría absoluta para propiciar la repetición de las elecciones, resulta ser insuficiente. La configuración constitucional está a cargo del constituyente primario y del constituyente derivado, y en este caso fue

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

el último quien determinó expresa e indudablemente que solamente si el voto en blanco logra la mayoría frente al total de votos válidos deben repetirse, por una sola vez, las votaciones.

Por ende, no es cierto que la Sección Quinta en la sentencia de 9 de marzo de 2012 (Exp. 201000029 y otro), haya pasado por alto proteger los derechos de las minorías. Por el contrario, lo que en efecto hizo fue reconocer los derechos de las personas que optaron por el voto en blanco, pero en la proporción constitucionalmente establecida, que determina que solamente si esa alternativa conquista un voto más respecto del "total de votos válidos" la elección se invalida y debe practicarse de nuevo, por una sola vez.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los jueces únicamente pueden apartarse del precedente horizontal si se satisfacen los requisitos de transparencia y suficiencia. El primero atiende a la necesidad de identificar cabalmente la posición jurisprudencial vigente que se pide revisar; y, el segundo corresponde a la carga relativa a ofrecer "razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo"<sup>12</sup> (requisito de suficiencia)".<sup>13</sup>

Pues bien, todo lo dicho en precedencia lleva a colegir sin dubitaciones que la revisión jurisprudencial no es viable. Claramente no se cumple el requisito de suficiencia, merced a que el fallo de 9 de marzo de 2012 se basó en razones que están conformes al ordenamiento constitucional, son correctas o válidas, y por lo mismo no hay lugar a que la Sección Quinta cambie su posición, que se apoya, entre otras cosas, en una razón muy poderosa como es la cosa juzgada constitucional que surgió con la expedición de la sentencia C-490 de 2011, que además de haber impedido el ingreso al mundo jurídico de la norma propugnada por los accionantes, fijó con carácter obligatorio general el auténtico sentido del párrafo 1º del artículo 258 Superior (Mod. A.L. 01/09), según el cual las elecciones únicamente pueden repetirse por una sola vez cuando el total de votos en blanco sea mayoría absoluta frente al total de votos válidos o en las propias palabras del constituyente derivado "cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría".

En este orden de ideas, deben denegarse las pretensiones de la demanda ya que la opción del voto en blanco no fue mayoría absoluta respecto del total de votos depositados por los demás candidatos. En efecto, según el acto acusado la votación total por los candidatos inscritos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena fue de 77.550 sufragios, lo que indica que la votación que debía conquistar el voto en blanco para propiciar la repetición de la elección era de 38.776 votos, pero solamente obtuvo 35.756 votos. Es decir, se trata de una votación insuficiente para lograr el efecto deseado por los demandantes.

Es decir, que no es cierto que el Consejo Nacional Electoral vulneró lo dispuesto en los artículos 1º y 258 párrafo 1º, modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo 01 de 2009, pues aplicó en su verdadera dimensión la última norma tras haber constatado que los votos depositados a favor del voto en blanco no constituían mayoría absoluta frente al total de votos válidos conquistados en las urnas por los demás candidatos, potísima razón que torna inane la petición de revisión jurisprudencial elevada por los demandantes.

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.** Denegar las pretensiones de la demanda de Nulidad Electoral No. 110010328000201400093-00, promovida por los señores Jorge Ignacio Salcedo Galán y Jeritza Merchán Díaz contra la elección del señor German Bernardo Carlosama López como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena, período constitucional 2014-2018.

**Segundo.** En firme esta providencia archívese el expediente, dejando las anotaciones correspondientes.

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

Notifíquese.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidenta

**Alberto Yepes Barreiro**

**Susana Buitrago Valencia**

<sup>12</sup> Ver entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2005.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-446 de 11 de julio de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

**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 CÁMARA - Desempeño como presidente del concejo municipal no le da la calidad de empleado público**

El problema jurídico principal es determinar si Fabio Alonso Arroyave Botero vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en la Constitución, lo cierto es que en la demanda adicionalmente se solicita que la Sección, como autoridad de cierre en materia electoral, estudie la pertinencia o no de cambiar su postura jurisprudencial respecto de la interpretación del numeral 5º del artículo 179 Superior, especialmente en lo que atañe al: i) concepto de funcionario público aplicado a los concejales y ii) factor temporal. Por consiguiente, corresponde a la Sala estudiar si es procedente o no una modificación en el entendimiento de la causal de inhabilidad. Se analizará si en el sub júdice se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada. Se encuentra plenamente acreditado el vínculo por parentesco en primer grado de consanguinidad entre Fabio Fernando Arroyave Rivas y Fabio Alonso Arroyave Botero, satisfaciendo así el primer requisito que impone la norma para la configuración de la inhabilidad. En el mismo sentido, obra en el expediente información obtenida de la página web del Concejo de Cali, en la que consta que Fernando Arroyave Rivas fue elegido como presidente de dicha corporación pública.

En este contexto se impone que la Sala analice, tal y como lo sugiere el actor, si el concepto de “funcionario” es aplicable a los concejales. Al respecto, la Sala considera que dicha locución no es aplicable a los concejales, comoquiera que aquella es sinónima o equiparable al término de “empleado público”, siendo claro que por expresa disposición constitucional dichos servidores públicos carecen de dicha calidad. 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 públicos. Así las cosas y comoquiera que la Sección entiende que el término “funcionario” contenido en la inhabilidad indilgada es equiparable a la de “empleado público”, se concluye que los concejales no son funcionarios y que por lo tanto, Fabio Fernando Arroyave Rivas en su condición de concejal no se desempeñó como “funcionario público” en los términos del numeral 5º del artículo 179 Superior. Bajo este panorama, 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 detener el estudio y negar las pretensiones de la demanda.

Fuente Formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 5

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

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

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

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso electoral de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las Pretensiones**

El ciudadano Juan Luis Pérez Escobar interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E- 26 del 26 de marzo de 2014, por medio del cual se declaró electo al señor **Fabio Alonso Arroyave Botero** como Representante a la Cámara por el departamento de Valle del Cauca, para el período 2014-2018.

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

***Primera.** Que se declare la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio que declara la elección de Representantes a la Cámara por el Valle del Cauca, Formulario E-26 Cam proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 26 de marzo de 2014, en especial la elección de FABIO ALONSO ARROYAVE BOTERO y la correspondiente cancelación de la “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 5º del artículo 179 de la Constitución.*

***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 C. N. y 278 de la Ley 5ª de 1992”. (Mayúsculas propias del original)*

## 1.2. Los hechos

En síntesis, el demandante expuso que la elección del señor Arroyave Botero se encuentra viciada de nulidad debido a que se expidió en contravención de lo establecido en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución. Para el efecto indicó que:

1. El demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara, toda vez que, su hijo el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas se desempeñó como concejal en el Concejo Municipal de Santiago de Cali, cargo para el cual fue elegido popularmente el día 30 de octubre de 2011.
2. El hijo del hoy demandado fue elegido como presidente del Concejo Municipal para el período de sesiones del año 2014, el 14 de noviembre de 2013.
3. Como presidente del Concejo Municipal de Santiago de Cali, Fabio Fernando Arroyave Rivas ejerció autoridad civil y política con potestad de mando, pues dentro de sus funciones se encontraban las de ordenar el gasto, celebrar contratos, ejercer como superior de los empleados del concejo, entre otras.
4. El día de las elecciones, es decir, el 9 de marzo de 2014 el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas, fungía como Presidente del Concejo Municipal de Santiago de Cali.

Por lo anterior, para el demandante, el señor Fabio Alonso Arroyave Botero no podía haber sido elegido Representante a la Cámara por encontrarse incurso en la causal de inhabilitación consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política.

## 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirma que Fabio Alonso Arroyave Botero se encuentra incurso en la causal de inhabilitación contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que: i) aquel está emparentado en el primer grado de consanguinidad con el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas; ii) este último se desempeñó como concejal en la ciudad de Cali antes de la inscripción de la candidatura del señor Arroyave Botero y iii) al momento de la elección del demandado como Congresista, Fabio Fernando Arroyave Rivas fungía como Presidente del Concejo Municipal de Cali, cargo en el cual ejerció autoridad civil y política.

El artículo invocado como violado indica:

*"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".*

A su vez, la causal de nulidad alegada consagra:

*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 o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilitación.*

Según el criterio de la parte actora, la elección del demandado se produjo con violación directa de la Constitución. Frente a cada uno de los elementos configurativos de la inhabilitación expuso:

a. El parentesco

La parte actora afirmó que está probado el parentesco entre Fabio Fernando Arroyave Rivas y Fabio Alonso Arroyave Botero, pues así se desprendería del registro civil de nacimiento que anexó con su demanda.

b. Respecto a la calidad de funcionario

El accionante resalta que el concepto de funcionario no se encuentra definido por la jurisprudencia, pues el Consejo de Estado sostuvo que son funcionarios tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales, pero no así los concejales, porque aquellos son "*miembros de corporaciones públicas*" y por lo tanto pertenecen a una categoría diferente a la de funcionarios. No obstante, la Corte Constitucional ha afirmado que los concejales sí son funcionarios públicos.

Igualmente, señaló que en la providencia proferida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual se aseveró que los concejales no son funcionarios públicos se presentaron 9 salvamentos de voto relacionados con el tema<sup>1</sup>.

Por lo expuesto, a juicio del ciudadano Juan Luis Pérez Escobar la Sección Quinta debe concluir que los concejales sí son funcionarios, ya que aquellos son servidores públicos que ejercen funciones públicas.

c. El ejercicio de autoridad civil y/o política

Al respecto el demandante sostuvo que la autoridad civil es aquella potestad de mando de la que goza un funcionario, en

<sup>1</sup> El actor se refiere a la providencia que identifica bajo el expediente N° AC-12157 proferida el 20 de marzo de 2001 por la Sala Plena Contencioso Administrativa con ponencia de Darío Quiñones Pinilla.

razón de su empleo, y por la cual puede impartir órdenes y adoptar medidas coercitivas para su cumplimiento. Asimismo señaló que la autoridad política es la que ejercen los que gobiernan y mandan a ejecutar las leyes.

Bajo esta línea argumental concluyó que el presidente del Concejo Municipal de Cali, ejerció tanto autoridad civil como política pues dentro de sus funciones se encuentran contempladas las de celebrar contratos y ordenar gasto.

#### d. Circunscripción electoral

Para el actor es evidente que existe coincidencia entre la circunscripción electoral en la cual se eligen a los Representantes a la Cámara por el Valle del Cauca y la entidad territorial en donde se presentó el ejercicio de autoridad.

#### e. Factor temporal de la inhabilidad

Finalmente, solicitó realizar un cambio de jurisprudencia pues, según su criterio, la posición actual adoptada por esta Corporación que sostiene que la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Superior, solo se configura si el ejercicio de la autoridad civil o política por parte de pariente se presenta el día de las elecciones, va en contra del derecho a la igualdad, así como del goce efectivo del derecho a elegir y ser elegido.

Para el efecto, argumentó que la tesis prohijada por la Sala Electoral no consulta el espíritu de la disposición constitucional, pues desconoce que no solo el día de las elecciones se puede generar actividad que haga “desbalancear” la contienda electoral, ya que la lógica muestra que antes de las elecciones también se puede inducir al electorado.

Manifestó que la interpretación gramatical no puede ser óbice para que la norma sea interpretada de acuerdo a sus fines, pues incluso la disposición constitucional, tampoco contempla como limitante que el ejercicio de autoridad deba presentarse el día de las elecciones.

En cualquier caso, señaló que en el *sub judice* la autoridad ejercida por Fabio Fernando Arroyave Rivas no solo se presentó antes del 9 de marzo de 2014, sino también el día de los comicios, pues en esta fecha también fungió como Presidente del Concejo Municipal de Cali.

## 2. Trámite Procesal

Mediante auto del 20 de mayo de 2014, se inadmitió la demanda presentada por Juan Luis Pérez Escobar por no cumplir con los requisitos exigidos en la Ley.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda, el Despacho Ponente mediante auto del 29 de mayo de 2014 decidió admitirla y ordenó la notificaciones que para el efecto previó el artículo 277 del CPACA.

## 3. La contestación de la demanda

### 3.1 El Representante elegido

El señor Fabio Alonso Arroyave Botero, por conducto de apoderado, hizo referencia a los hechos y se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda.

Para sustentar su posición afirmó que: i) según el tenor de la Ley 153 de 1887 debe preferirse una interpretación literal y exegética de las normas, razón por la cual el juez electoral no puede ampliar o distinguir en situaciones en las que el legislador no lo hizo; (ii) la inhabilidad debe ser interpretada bajo el prisma del principio “*pro bonome*” a favor del derecho a ser elegido; (iii) según la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado<sup>2</sup> el concejal no es funcionario y por lo tanto no se configura uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las pretensiones; iv) al carecer de la calidad de “*funcionario público*” es evidente que el hijo del demandado no pudo ejercer autoridad civil y/o política y v) el desempeñarse como presidente del Concejo Municipal no hace que dicho servidor público se convierta en funcionario.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que fueran negadas las pretensiones de la demanda, porque se encuentra acreditado que el señor Fabio Alonso Arroyave Botero no está incurrido en la causal de inhabilidad alegada y por lo tanto, está plenamente facultado para fungir como Congresista de la República.

### 3.2 La Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado, esta entidad solicitó ser desvinculada del presente trámite, para el efecto manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales y propuso la excepción de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

## 4. La audiencia inicial

El día 1º de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En efecto, frente a la petición de la Registraduría se estableció que la solicitud de desvinculación no podía prosperar, porque dicha entidad intervino en la adopción del acto demandado lo cual obligaba al juez a vincular a la entidad al proceso de la referencia, en aplicación del numeral segundo del artículo 277 del CPACA.

<sup>2</sup> El apoderado del demandado refiere, entre otras, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de marzo de 2001 Radicado AC12157 CP. Darío Quiñones Pinilla y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 18 de abril de 2013, radicado 150001-23-31-000-2011-00623-01 CP Susana Buitrago Valencia.

De estas decisiones 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 de conformidad con el artículo 181 del CPACA y se señaló que una vez vencido el término fijado se fijaría fecha y hora para celebrar audiencia de alegaciones y juzgamiento.

## 5. Los alegatos de conclusión

Mediante auto del 22 de enero de 2015 se fijó fecha y hora para celebrar audiencia de alegaciones y juzgamiento.

El 2 de febrero de 2015 se llevó a cabo la citada audiencia de conformidad con los artículos 286 y 182 del CPACA. En el marco de esta diligencia se presentaron los siguientes alegatos:

### 5.1 La parte demandante

El demandante reiteró lo dicho en el escrito de la demanda y presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Hizo un recuento de los elementos de configuración de la inhabilidad para concluir que se encuentran acreditados todos y cada uno de ellos. Para el efecto, señaló que en el proceso se probó el parentesco entre el señor Fabio Alonso Arroyave Botero y Fabio Fernando Arroyave Rivas, toda vez que, en el expediente obraba prueba documental al respecto.

Indicó que lo mismo ocurría con el elemento territorial de la inhabilidad por cuanto era evidente que existía coincidencia entre la circunscripción electoral en la cual se eligen a los Representantes a la Cámara por el Valle del Cauca y la entidad territorial en donde el hijo del demandante ejerció como Presidente del Concejo Municipal.

Precisó que el concepto de “funcionario” no se encuentra definido por la jurisprudencia, pues el Consejo de Estado señaló que dicho término no era aplicable a los concejales porque estos últimos son “miembros de corporaciones públicas” y por lo tanto pertenecen a una categoría diferente a la de funcionarios. No obstante, puso de presente que en la sentencia en la que se prohibió esta tesis se profirieron 9 salvamentos de voto relacionados con el tema.<sup>3</sup>

Bajo este panorama, solicitó que se realizara una modificación jurisprudencial en la que se aceptara que los concejales y en especial los presidentes de dicha corporación son funcionarios en los términos del numeral 5º del artículo 179 Constitucional.

Para fundamentar esta posición manifestó, que la jurisprudencia ha aplicado indistintamente la acepción “funcionarios” tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, pero

no a los miembros de corporaciones públicas como concejales y diputados, sin que exista una razón válida para su exclusión.

De la misma forma, referenció las sentencias C-222 de 1999 y C-007 de 1996 en la que la Corte Constitucional reconoció que los concejales no son empleados públicos, pero sí son funcionarios.

Manifestó que el significado de la palabra “funcionarios” contenida en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional no ha sido tratado uniformemente por la jurisprudencia al punto que el tema no es pacífico, prueba de ello son las distintas sentencias proferidas por la Sección Quinta en las cuales se afirmó que los concejales si son funcionarios.

Señaló que se si entiendo que “funcionario” es todo aquel que desempeña una función pública es evidente que los concejales pertenecen a esta categoría, razón por la cual la Sala debe concluir que los concejales sí son funcionarios, ya que aquellos son servidores públicos que ejercen funciones públicas.

En este mismo orden de ideas, afirmó que los concejales no solo son funcionarios, sino además son funcionarios que ejercen autoridad civil y política, especialmente el Presidente del Concejo, debido a que en este servidor público recae el poder contractual y disciplinario de dicha Corporación, tal y como se desprende del artículo 25 de la Resolución 21.2.22.583 del 30 de diciembre de 2013 por medio de la cual “se adopta el reglamento interno del Concejo Municipal de Santiago de Cali”.

A su juicio, la tesis antes expuesta aplicada al caso concreto denota que el hijo del demandado ejerció autoridad civil y política, pues en el expediente obra prueba documental en la que consta que este último, en su calidad de “Presidente del Concejo Municipal de Cali”, celebró varios contratos.

En lo que concierne al factor temporal, sostuvo que estaba demostrado que al día de las elecciones, es decir, el 9 de marzo de 2014, el hijo del demandado se desempeñaba como Presidente del Concejo Municipal de Cali.

Aseveró que aunque en el caso objeto de estudio estaba plenamente acreditado que el ejercicio de autoridad se presentó el día de las elecciones, era menester que la Sección realizará un cambio jurisprudencial respecto al factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior pues, según su criterio, la actual tesis prohibida por el Consejo de Estado desconoce los postulados constitucionales y pasa por alto que la influencia al electorado también se puede ejercer durante la campaña.

Finalmente, pidió que en uso de una interpretación sistemática y finalista de la Constitución<sup>4</sup> se cambiaran los parámetros

<sup>3</sup> El actor se refiere a Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia del 20 de marzo de 2001 Exp AC 12157 CP Darío Quiñones Pinilla.

<sup>4</sup> Para reforzar su argumentación en escrito allegado después de finalizar la audiencia de alegaciones y juzgamiento trajo a colación las sentencias C 649 de 2001 y la proferida por el Consejo de Estado el 15 de julio de 2014 en el radicado 11001-03-028-000-2013-0006.

jurisprudenciales en lo que concierne a: i) en la interpretación del término “*funcionario*” para que este sea aplicable a los concejales y ii) al entendimiento del factor temporal de la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente, en aras de erradicar de la democracia colombiana una “*práctica mal sana*” y de dotar de pleno contenido a la norma.

Con fundamento en los anteriores argumentos, insistió en la nulidad del acto contenido en el formulario E-26, por medio del cual se declaró electo a Fabio Alonso Arroyave Botero como Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca.

## 5.2 La parte demandada

### 5.2.1 El representante elegido

El señor Fabio Alonso Arroyave Botero, hizo uso de la palabra y precisó que su actuar estuvo motivado y fundado en la jurisprudencia que al momento de su inscripción como candidato al Congreso estaba vigente.

Por su parte, el apoderado del demandado señaló que no es posible acceder al cambio de jurisprudencia solicitado, toda vez que, en el régimen de inhabilidades no puede utilizarse otro método de interpretación diferente al gramatical, es decir, está vedado el uso del método finalístico.

Sostuvo que los concejales no eran funcionarios y que el Consejo de Estado no podía variar esa afirmación con su jurisprudencia.

El apoderado explicó que, a su juicio, contrario a lo que indica el demandante la jurisprudencia sí es pacífica, para el efecto referenció la sentencia del 18 de abril de 2012 proferida bajo el radicado nº 15001-23-31-000-2011-00623-01, en la que la Sección distinguió entre los diferentes tipos de servidores públicos y concluyó que los concejales no son “*empleados públicos*”.

En el mismo sentido citó: i) una providencia proferida el 8 de noviembre de 2012 con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro<sup>5</sup> en la que se reiteró la anterior posición y se afirmó que los concejales no ejercen ningún tipo de autoridad y ii) un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Augusto Hernández Becerra<sup>6</sup>, en la cual, a su juicio, se precisó con toda claridad que los concejales no son funcionarios.<sup>7</sup>

5 El actor se refiere a: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 8 de noviembre de 2012, radicado 11001-03-28-000-2010-00097-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

6 Este concepto corresponde al proferido el 14 de marzo de 2013 identificado con el número interno 2144, el cual es transcrito íntegramente en el texto presentado una vez culminada la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

7 En el escrito allegado al expediente el apoderado trajo a colación, adicionalmente, extractos de las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de noviembre de 2008, radicado 50001-23-31-000-2008-00006-02 C.P. Mauricio Torres Cuervo y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de abril de 2009 radicado 08001-23-31-000-2007-00972-01 CP Filemón Jiménez Ochoa.

Según su criterio, los abundantes pronunciamientos de la Sección Quinta respecto a que los concejales no son funcionarios, dan cuenta que el hijo del demandado no se desempeñó como tal y por ello en manera alguna pudo ejercer autoridad civil o política.

En consecuencia, consideró que no se encontraban probados dos de los elementos configurativos de la inhabilidad por ejercicio de autoridad por parte de pariente y que por ello las pretensiones de la demanda debían negarse.

### 5.2.2 La Registraduría Nacional del Estado Civil

El apoderado de esta entidad se ratificó en los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

## 6. El concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido en audiencia pública del 2 de febrero de 2015, el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se estudie la postura esgrimida por el demandante.

Explicó que, a su juicio, todos los elementos de la inhabilidad se encontraban materializados con excepción del que se refiere a la calidad de “*funcionario*” del pariente.

Manifestó que es claro que el Concejal no es empleado público, pero la norma del artículo 179 Superior en realidad hace referencia al “*funcionario*”.

Señaló que los términos “*funcionarios*” y “*empleados*” se han tratado como sinónimos, pues incluso en la ley se considera que pueden ser funcionarios todos los servidores públicos.

Para sustentar su afirmación, aseveró que dicha postura fue avalada por la Sección Quinta en sentencia de 2005 con ponencia del doctor Darío Quiñones en la que se concluyó que los concejales si son “*funcionarios*”<sup>8</sup>.

En el mismo sentido, trajo a colación la sentencia C-222 de 1999 en la que se determinó que es funcionario, aquella persona que presta función pública y por lo tanto, el concejal encaja dentro de esta definición.

Con base en estas argumentaciones, en el escrito aportado una vez culminada la audiencia de alegaciones y juzgamiento, solicitó a la Sección Quinta “*volver a la inicial postura conforme a la cual el término funcionario público es sinónimo al de servidor público, por cuanto a dichos términos corresponde cualquier persona que presta un servicio a una entidad pública y ejercen funciones que a estas corresponden independiente de su vinculación*”<sup>9</sup>.

8 El Ministerio Público se refiere a Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de abril de 2005, radicación 1001-03-28-000-2003-00050-01 (3182) CP. Darío Quiñones Pinilla.

9 Folio 478 del Expediente.

Respecto al ejercicio de autoridad sostuvo que en el caso concreto está probado que hubo autoridad administrativa, pero que el artículo 179 numeral 5º exige que se materialice la autoridad civil o política.

No obstante, en el escrito aportado una vez finalizada la audiencia de alegaciones precisó que propendía por una interpretación en la cual se tuviera en cuenta que la facultad de celebrar contratos en cabeza del presidente del concejo era un mecanismo por medio del cual se "lograba desequilibrar el debate electoral".<sup>10</sup>

Con base en lo anterior, manifestó que no era clara la posición que debía asumir el Consejo de Estado y que por lo tanto solicitaba que en caso de acceder a modificar la jurisprudencia solicitada por el demandante, se tomara en cuenta que el señor **Arroyave Botero** se encuentra amparado en el principio de confianza legítima.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 149 del CPACA<sup>11</sup>, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, toda vez que, la demanda ataca la legalidad del acto contenido en el formulario E-26, por medio del cual se declaró la elección de **Fabio Alonso Arroyave Botero** como Representante a la Cámara por el Departamento de Valle del Cauca.

### 2. Análisis de los Cargos Formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial<sup>12</sup>, si el demandado vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 5º del artículo 179 por haber tenido vínculo por matrimonio o unión permanente, o de tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejercieron autoridad<sup>13</sup>.

#### 2.1 La inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional

En busca de 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<sup>14</sup>, 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:

1. Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.
2. Cuando el referido funcionario haya 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 baga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...)"<sup>15</sup>.

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.

Aunque el problema jurídico principal es determinar si Fabio Alonso Arroyave Botero vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en la Constitución, lo cierto es que en la demanda adicionalmente se solicita que la Sección, como autoridad de

<sup>10</sup> Folio 492 del Expediente.

<sup>11</sup> "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)

<sup>12</sup> Folio 270 del Expediente.

<sup>13</sup> Expresamente en la audiencia inicial se estableció que: "el litigio se centraría en establecer si el demandado incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Superior por haber tenido vínculo de parentesco con un funcionario que presuntamente ejerció autoridad civil y política".

<sup>14</sup> En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado Nº 540012331000200700376 01 C.P. Filemón Jiménez Ochoa y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicado Nº 17001-23-31-000-2011-00637-01 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>15</sup> Calderín Osorio, Ana Carolina. Manual de Inhabilidades Electorales. Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, 2014, pág. 118.

cierre en materia electoral, estudie la pertinencia o no de cambiar su postura jurisprudencial respecto de la interpretación del numeral 5º del artículo 179 Superior, especialmente en lo que atañe al: i) concepto de funcionario público aplicado a los concejales y ii) factor temporal.

Por consiguiente, corresponde a la Sala estudiar si es procedente o no una modificación en el entendimiento de la causal de inhabilidad.

Para el efecto y en aras de abordar todos los planteamientos esbozados en precedencia se analizarán los requisitos de materialización de la inhabilidad en el caso concreto, y en el momento pertinente, se estudiará si es viable o no el cambio jurisprudencial solicitado por el demandante.

## 2.2. El caso concreto

Tal y como quedó descrito en el acápite de hechos de esta providencia el accionante afirma que el demandado se encuentra inhabilitado, toda vez que, el hijo de aquel fungió como presidente del Concejo Municipal de Cali entidad territorial en la cual ejerció autoridad civil y política.

Con base en lo expuesto anteriormente, se analizará si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada.

### 2.2.1 La existencia del vínculo o parentesco

El demandante aduce que Fabio Alonso Arroyave Botero es padre de Fabio Fernando Arroyave Rivas. Para probar su afirmación aportó copia auténtica del registro civil de nacimiento de este último. Igualmente, en el trámite de la audiencia inicial se ordenó oficiar a la Registraduría Delegada para el Estado Civil y la Identidad y a la Notaría Única de la Unión (Nariño) para que de ser procedente allegaran copia de los registros civiles de nacimiento de las personas citadas.

Una vez analizado el registro civil de nacimiento de Fabio Fernando Arroyave Rivas, de él se colige que, en efecto, su padre es el señor Fabio Alonso Arroyave Botero persona cuyo número de identificación coincide con la cédula de ciudadanía del demandado, razón por la cual no cabe duda que estas dos personas son parientes en el primer grado de consanguinidad.

Además, como se desprende del escrito de contestación de la demanda, el demandado aceptó que Fabio Fernando Arroyave Rivas es su hijo (fl 236).

En conclusión, se encuentra plenamente acreditado el vínculo por parentesco en primer grado de consanguinidad entre Fabio Fernando Arroyave Rivas y Fabio Alonso Arroyave Botero, satisfaciendo así el primer requisito que impone la norma para la configuración de la inhabilidad.

### 2.2.2 La calidad de funcionario público del pariente

En la contestación de la demanda se aceptaron como ciertos los siguientes hechos:

- Que Fabio Fernando Arroyave Rivas fue elegido por voto popular como concejal del municipio de Cali para el período constitucional 2011-2015 el día 30 de octubre de 2011 (fl. 236).
- Que el citado ciudadano fue elegido para como presidente de aquella Corporación para el año 2014, el día 14 de noviembre de 2013 (fl. 237).

En el mismo sentido, obra en el expediente información obtenida de la página web del Concejo de Cali<sup>16</sup>, en la que consta que Fernando Arroyave Rivas fue elegido como presidente de dicha corporación pública.

En este contexto se impone que la Sala analice, tal y como lo sugiere el actor, si el concepto de “funcionario” es aplicable a los concejales.

Al respecto, la Sala considera que dicha locución no es aplicable a los concejales, comoquiera que aquella es sinónima o equiparable al término de “empleado público”, siendo claro que por expresa disposición constitucional dichos servidores públicos carecen de dicha calidad.

En efecto, consagra la Constitución en su artículo 312 que:

*Artículo 312. (...) La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta”. (Subraya la Sala)*

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 públicos.

Sumado a lo anterior, es de resaltar que incluso la doctrina sostiene que “funcionario” y “empleado público” son palabras

<sup>16</sup> Descargada el 14 de enero de 2014 (Fl.63).

equivalentes, pues cuando se define que es un “*empleado público*” se afirma que es “*aquel que desempeña funciones públicas subordinada, compatible con diversos grados jerárquicos, empleado es sinónimo de funcionario público*”.<sup>17</sup> (Subrayas fuera de texto)

Esta posición cuenta con amplio respaldo jurisprudencial, toda vez que, el Consejo de Estado en diversas oportunidades ha señalado que el concejal no es ni funcionario ni empleado público.<sup>18</sup>

En efecto, en sentencia del 18 de abril de 2013 al estudiar una demanda en la cual se solicitaba declarar la nulidad de la elección de una concejal de Tunja porque su padre fungió como Presidente del Concejo Municipal de dicha ciudad, se determinó que no era viable acceder a las súplicas de la demanda porque el presidente del concejo no se desempeñó como funcionario, pues los concejales no son “*empleados públicos*”.

Dicha postura fue avalada por la Corte Constitucional cuando en Sentencia C-315 de 1995 sostuvo, respecto a la naturaleza del cargo de concejal, que:

*“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”* (Subrayas fuera de texto).

Entonces, es evidente que según: i) la disposición constitucional y ii) los antecedentes jurisprudenciales, **los concejales no son funcionarios, sino simplemente servidores públicos dentro de la “especie” miembros de corporaciones públicas**, los cuales son elegidos popularmente y desempeñan funciones específicas establecidas en la Ley y en la Constitución.

Así las cosas y comoquiera que la Sección entiende que el término “*funcionario*” contenido en la inhabilidad indilgada es equiparable a la de “*empleado público*”, **se concluye que los concejales no son funcionarios** y que por lo tanto, Fabio

Fernando Arroyave Rivas en su condición de concejal no se desempeñó como “*funcionario público*” en los términos del numeral 5º del artículo 179 Superior.

Bajo este panorama, 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 detener el estudio y negar las pretensiones de la demanda.

### 3. Conclusión

De lo expuesto la Sección concluye que no se encuentran acreditados 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 **Fabio Alonso Arroyave Botero** como Representante a la Cámara por el departamento del Valle del Cauca.

Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma 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,

#### FALLA

**Primero.** Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Juan Luis Pérez Escobar.

**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**

con Aclaración de Voto

<sup>17</sup> Diccionario Jurídico de Guillermo Caballenas, Tomo III, página 424. En Manual del Buen Empleado Público. Lina María Higuera Rivera. Dike. Medellín. 2009. Pág. 19.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, radicado 50001-23-31-000-2008-00006-02 C.P. Mauricio Torres Cuervo y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de julio de 2009, 08001-23-31-000-2008-00965-01 C.P. Mauricio Torres Cuervo

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSJEREO ALBERTO YEPES BARREIRO

### REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por vínculo de parentesco con funcionario que ejerza autoridad civil o política/INHABILIDAD POR VINCULO DE PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD CIVIL O POLÍTICA - Desempeño como presidente del concejo municipal no le da la calidad de empleado público/FUNCIONARIO PÚBLICO - La Sala debió rectificar su posición jurisprudencial para establecer que el término funcionario es análogo al de servidor público

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito señalar que si bien comparto el sentido de la decisión adoptada en el fallo de la referencia, esto es, el de negar las suplicas de la demanda, debo explicar por qué sostengo con firme convencimiento que la Sección debió modificar su posición respecto al entendimiento del término funcionario contenido en el numeral 5º del artículo 179 constitucional, para que aquel fuera aplicable a los concejales. Considero que el correcto entendimiento de la palabra “funcionario” contenida en la inhabilidad objeto de estudio es aseverar que aquella es sinónima a la expresión “servidor público”, pues el Constituyente no precisó su uso, ni determinó que aquel solo fuera reservado para los empleados públicos y/o para los trabajadores oficiales.

Por consiguiente, a mi juicio, la Sala, debió rectificar su posición jurisprudencial respecto al tema, para en su lugar establecer que el término “funcionario” contenido en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Nacional, es análogo al de “servidor público” contenido en el artículo 123 *ejusdem*, razón por la cual se entiende que los concejales sí son “funcionarios” en los términos de la inhabilidad citada. Así las cosas, la Sala debió colegir que: i) los concejales no son empleados públicos, ii) los concejales sí son funcionarios públicos, y que por ello Fabio Fernando Arroyave Rivas, en su calidad de concejal, es un funcionario y iii) aceptar que el concejal es un funcionario, no implica entender que aquel ejerza autoridad, ya que una cosa es aseverar que el concejal desempeña funciones públicas y otra muy distinta afirmar que en desarrollo de esa función ejerce autoridad civil y/o política en los términos del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución. Bajo este panorama y teniendo en cuenta que el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas si es un “funcionario público”, lo procedente era analizar si en el cargo de Presidente del Concejo Municipal, el hijo de demandado ejerció autoridad civil o política en los términos del numeral 5º del artículo 179 Superior. De la revisión de las funciones que desempeñó el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas en su calidad de “Presidente de Concejo Municipal” se puede concluir con toda claridad que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, pues en ningún momento dicho funcionario tuvo la potestad de desplegar actos de autoridad, es decir, dentro de los roles asignados no podía: i)

impartir ordenes, ii) proferir actos de autoridad que denoten en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos; iii) dictar instrucciones o iv) adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para los habitantes de la ciudad de Cali, en otras palabras, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna.

Por su parte, para determinar si en el cargo de “presidente del concejo” se ejerce autoridad política es necesario resaltar que: i) aunque la Ley 136 de 1994 en su artículo 189 no definió que se entiende por autoridad política, la enunciación que se hace en dicha disposición legal es un referente para construir el citado concepto; ii) los cargos que ahí se describen son equiparables, en sus justas proporciones, a los empleos del orden nacional, departamental y distrital y iii) de la interpretación del artículo 189 de la Ley 136 de 1994 se desprende que la autoridad política es autónoma de la autoridad civil y es la “atañe al manejo del Estado”. De las anteriores definiciones se concluye que tampoco se probó el ejercicio de autoridad política, debido a que de las funciones desempeñadas por Fabio Fernando Arroyave Rivas, en su calidad de Presidente del Concejo Municipal de Cali, se desglosa que en aquel cargo no se hubiese podido desplegar actividades que lleven implícitas características propias de la autoridad política, máxime si se tiene en cuenta que los presidentes del concejo “no participan del gobierno municipal”. De igual forma lo concluyó la Sección en la sentencia proferida en el radicado interno nº1490, ocasión en la que se consideró que los concejales no ejercen autoridad política, porque no todo lo público implica la noción de político. En síntesis, es claro que todas las actividades adelantadas por el “Presidente del Concejo Municipal” se realizan en nombre y representación de una corporación pública y por ello, no puede entenderse que aquel ejerza autoridad civil o política. En suma, a mi parecer las pretensiones de la demanda debieron negarse porque Fabio Fernando Arroyave Rivas en su calidad de Presidente del Concejo Municipal de Cali, no ejerció autoridad civil ni política y no como lo concluyó la Sala porque aquel no se desempeñó como “funcionario público”.

## ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito señalar que si bien comparto el sentido de la decisión adoptada en el fallo de la referencia, esto es, el de negar las suplicas de la demanda, debo explicar por qué sostengo con firme convencimiento que la Sección debió modificar su posición respecto al entendimiento del término funcionario contenido en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, para que aquel fuera aplicable a los concejales.

Antes de explicar los motivos por los cuales considero que los concejales sí son funcionarios públicos, debo poner de presente que la posición mayoritaria de la Sala, partía de la base, a mi juicio equivocada, de que el afirmar lo anterior implicaba también concluir que aquellos eran empleados públicos ya

que, para la Sala las expresiones de "Funcionario" y Empleado Público" han de tenerse como equivalentes.

En efecto, el artículo 312 de la Constitución señala que:

**"Artículo 312. (...)**

*La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.*

*La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.*

*Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta". (Subraya la Sala).*

A mi parecer lo que realmente se encontraba en duda en el caso sometido a consideración de la Sección era si los concejales

son funcionarios públicos en los términos del numeral 5º del artículo 179 Constitucional y no si aquellos pueden catalogarse como empleados públicos.

Sea lo primero advertir, que la respuesta a la anterior pregunta no ha sido pacífica, pues para dilucidar el asunto, la Sección ha esbozado dos tesis divergentes, la primera de ellas responde al cuestionamiento de manera afirmativa porque entiende que la acepción "funcionario público" es equivalente o sinónima de la expresión "servidor público" contenida en el artículo 123 de la Constitución.

Por su parte, la tesis contraria sostiene que el concejal no es un "funcionario público", debido a que dicho término debe entenderse como semejante al de "empleado público" y al de trabajador oficial, sin que el cargo de concejal encaje en ninguna de estas dos categorías.

Un esquema mostrará con mayor claridad la línea jurisprudencial que se ha construido sobre el punto:

	Toda vez que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior se refiere al parentesco con un funcionario ¿Son los concejales funcionarios públicos?	
Los concejales NO son funcionario públicos, porque el artículo 312 de la Constitución señala que aquellos no son empleados públicos.	<p>X</p> <p>Sentencia de 6 de abril de 2006 68001-23-15-000-2004-00439-01(3765) C.P. Reinaldo Chavarro Buritica</p> <p>X</p> <p>Sentencia de 6 de abril de 2006 63001-23-31-000-2004-00786-02(3859) C.P. Reinaldo Chavarro Buritica</p> <p>X</p> <p>Sentencia de 27 de noviembre de 2008 50001-23-31-000-2008-00006-02 C.P. Mauricio Torres Cuervo</p> <p>X</p> <p>Sentencia de 10 de julio de 2009 08001-23-31-000-2008-00965-01 C.P. Mauricio Torres Cuervo</p>	Los concejales SÍ son funcionarios públicos, porque dicho término es equivalente al de "servidor público" contenido en el artículo 123 Constitucional.

Bajo esta perspectiva, considero que lo pertinente era adoptar la primera de las tesis expuestas, esto es, entender que el **concejal sí es un funcionario público.**

Lo anterior, porque el artículo 123 de la Constitución<sup>1</sup> establece una relación "género - especie" para catalogar a las personas que prestan sus servicios en el sector público.

<sup>1</sup> Artículo 123. 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 reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

En efecto, de manera general la citada norma establece que todas aquellas personas que se desempeñen laboralmente en las diferentes ramas del poder público, independiente de su vinculación, se denominaran servidores públicos.

En dicha categoría, se agrupan tres clases de servidores públicos, a saber: i) los miembros de corporaciones públicas, ii) los empleados públicos y iii) los trabajadores oficiales.

Como se evidencia, dentro del concepto servidor público no se hace alusión alguna a los funcionarios. Sin embargo, que el término “funcionario” no haya sido incluido dentro del texto del artículo en cita, no fue óbice para que el Constituyente a lo largo del articulado constitucional utilizara dicha expresión de manera indistinta. Veamos algunos ejemplos:

- En el artículo 118 se establece que el Ministerio Público será ejercido por los “funcionarios que determine la ley”.
- En el artículo 125 encontramos que “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”.
- A su vez, el artículo 135 refiriéndose a la persona sobre la cual se ejerce moción de censura se consagró “Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo”.
- En el numeral 4º del artículo 178 podemos leer que será potestad de la Cámara de Representantes conocer de las denuncias presentadas contra los funcionarios descritos en el numeral 4º del mismo precepto normativo.
- El artículo 180 señala en su párrafo que: “El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta”.
- En el tenor literal del artículo 249 se observa “La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”.
- Por su parte el artículo 268 frente a las atribuciones del Contralor General de la República determinó que: “8(…) La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”. Y en el numeral 10 consagró “10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado

la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría (...)”.

- En el mismo orden de ideas el artículo 278 consagra que el Procurador General de la Nación tiene como funciones: “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas (...)”.

De lo expuesto se colige que el término “funcionario” acogido dentro de la Carta Política fue usado indistintamente para referirse a los empleados públicos, a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas. Por lo tanto, contrario a lo afirmado por la posición mayoritaria de la Sala, es evidente que dicha locución no tiene un criterio unívoco de significación, toda vez que, en la Constitución esta acepción se utilizó para aludir a toda clase de servidores públicos.

En efecto, una interpretación armónica de la Carta Política permite concluir que “funcionario” y “servidor” público son términos análogos, ya que con ambas expresiones se denota una categoría general que a su vez comprende una serie de clasificaciones respecto a las personas que prestan sus servicios a cargo del Estado.

Por consiguiente, cuando el constituyente en el numeral 5º del artículo 179 constitucional estableció que el parentesco o vínculo inhabilitante era con un “funcionario”, en realidad consagró que la inhabilitación se configuraba si existía filiación o relación con algún “servidor público”.

No pasa inadvertido que el principal argumento expuesto por la Sala en el fallo que hoy es objeto de aclaración, se sustenta en que si la Constitución les excluyó a estos servidores públicos la calidad de empleados públicos, también les despojó de la calidad de “funcionarios”, debido a que “funcionario” y “empleado” son términos sinónimos.

No obstante, considero que no es posible avalar la hermenéutica que equipara a los “funcionarios” con los “empleados públicos”, comoquiera que tal y como se evidenció en precedencia, la categoría “empleado” está recogida en el concepto de funcionario por ser la primera una “especie” del “genero” funcionario. Así, es evidente que todos los “empleados públicos” son funcionarios, pero no todos los funcionarios son empleados públicos.

Lo anterior adopta más fuerza al analizar la postura de la Corte Constitucional, toda vez que, esa Corporación precisó que pese a que la Carta Política negó que los concejales fueran “empleados públicos”, ello no significaba que los concejales no fueran funcionarios. Literalmente sostuvo:

“(…) que la Constitución Política manifieste en forma clara e inequívoca que los concejales municipales no

*son empleados públicos no se desprende que les pueda ser suprimido o ignorado su carácter de funcionarios*<sup>2</sup>

Sumado a lo anterior, es necesario mostrar que la expresión "funcionario público" es un término amplió y genérico que la Carta Política utilizó para referirse a los personas que están al servicio del Estado independiente de la forma de su vinculación, es decir, es un vocablo por medio del cual la Constitución alude a todos aquellos que ejercen materialmente una función pública.

En efecto, el vocablo "funcionario público" es una expresión que abarca a "todas las personas que ejerzan función pública incluidos los concejales"<sup>3</sup>. Así lo afirmó, la Corte Constitucional en Sentencia C-222 de 1999 cuando sostuvo que:

"Los concejales municipales, aun no siendo empleados públicos, si son servidores del Estado y, en realidad, puesto que desempeñan funciones al servicio del mismo, son "funcionarios". Con este término se define en general a quien cumple una función y, en la materia de la que aquí se trata -la disciplinaria- comprende a quienes, por su vínculo laboral con el Estado y en razón de las responsabilidades que contraen (art. 123 C. P.), están sujetos a la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación" (subrayas de texto).

La tesis anteriormente expuesta se reafirmó por aquella Corporación en el año 2006, oportunidad en la cual precisó:

"Como quiera que la Constitución no define de manera expresa el término "funcionario" y la Ley no lo hace de manera clara sino de modo ambiguo y por sectores, y no existe una única definición ni se establecen criterios orgánicos o funcionales claros y precisos que permitan asimilarlo o diferenciarlo de los conceptos de empleado público de trabajador oficial, para la Sala es razonable acudir al sentido natural y obvio de la palabra funcionario a efectos de precisar dicho término. Así, es válido entonces concluir que "Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos"<sup>4</sup>; o en otras palabras, todo órgano del Estado tiene asignada una función delimitada por sus competencias y la persona que a nombre del Estado realiza la función se denomina, genéricamente, funcionario"<sup>5</sup>. (Subrayas fuera de texto).

Conforme a lo expuesto se ratifica el carácter de "funcionario" que reviste al concejal, toda vez que: i) aquel, desde el punto

<sup>2</sup> Sentencia C-222 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-681 de 2003 M.P. Ligia Galvis Ortiz.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-167 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería. Esta sentencia revisó la acción de tutela interpuesta contra la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el radicado 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182) y en la cual se examinó el alcance de la palabra "funcionario" en las inhabilidades para los gobernadores.

de vista material tiene asignada una función prevista en la Constitución, específicamente en el artículo 312 y ii) aunque dichas funciones se desarrollan de manera colegida, aquellas se realizan a nombre del Estado.

Bajo este panorama, se desprende sin lugar a dudas que cuando el orden jurídico hace alusión al cumplimiento de las funciones públicas, se refiere indistintamente a todos los servidores públicos, incluyendo por supuesto a los miembros de corporaciones públicas.

Por ello, es plenamente viable traer a colación la tesis adoptada por la Sala Electoral en el año 2005 en la cual coligió respecto del término de "funcionario" que:

"(...) Es decir que son funcionarios quienes prestan servicios a una entidad pública en funciones que impliquen el ejercicio de autoridad y aquellos que las prestan en funciones que no la implican. Es decir que funcionarios son todas las personas que prestan servicios a una entidad pública, independientemente de la forma de vinculación"<sup>6</sup> (Subrayas fuera de texto).

Como si lo expuesto no fuera suficiente, encuentro que existe otro argumento de peso para afirmar que "funcionario" es una locución general que recoge a la de "empleado público" y que no se equipara con esta última, toda vez que, el Constituyente las diferenció cuando estableció el régimen de inhabilidades.

En efecto, el numeral 2º del artículo 179, en contraste con el numeral 5º de la misma disposición, afirma que no podrán ser congresistas aquellos que "hayan ejercido como empleados públicos", es decir, el constituyente de manera expresa excluyó de esa inhabilidad a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas, cosa que no sucede con la inhabilidad de "ejercicio de autoridad por parte de pariente", pues en ese numeral se utilizó el término genérico "funcionario" el cual, se reitera, abarca a todas las modalidades de servidores públicos.

En síntesis, considero que el correcto entendimiento de la palabra "funcionario" contenida en la inhabilidad objeto de estudio es aseverar que aquella es sinónima a la expresión "servidor público", pues el Constituyente no precisó su uso, ni determinó que aquel solo fuera reservado para los empleados públicos y/o para los trabajadores oficiales.

Por consiguiente, a mi juicio, la Sala, debió rectificar su posición jurisprudencial respecto al tema, para en su lugar establecer que el término "funcionario" contenido en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Nacional, es análogo al de "servidor público" contenido en el artículo 123 *ejusdem*, razón por la cual se entiende que los concejales sí son "funcionarios" en los términos de la inhabilidad citada.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de abril de 2005, radicado 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182). Cp. Darío Quiñones Pinilla.

Así las cosas, la Sala debió colegir que: i) los concejales NO son empleados públicos<sup>7</sup>, ii) los concejales sí son funcionarios públicos, y que por ello Fabio Fernando Arroyave Rivas, en su calidad de concejal, es un funcionario y iii) aceptar que el concejal es un funcionario, no implica entender que aquel ejerza autoridad, ya que una cosa es aseverar que el concejal desempeña funciones públicas y otra muy distinta es aseverar que en desarrollo de esa función ejerce autoridad civil y/o política en los términos del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución.

Bajo este panorama y teniendo en cuenta que el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas si es un “funcionario público”, lo procedente era analizar si en el cargo de Presidente del Concejo Municipal, el hijo de demandado ejerció autoridad civil o política en los términos del numeral 5º del artículo 179 Superior. Veamos:

A juicio del accionante, el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas al desempeñarse como Presidente del Concejo de Cali ejerció autoridad civil y política. Para probar sus afirmaciones aportó:

- Copia simple de la Resolución 21.2.22.583 de 30 de septiembre de 2013 “Por medio de la cual se expide el reglamento interno del concejo municipal de Santiago de Cali”. En dicho acto administrativo se especifican las funciones que desempeña el presidente de la citada Corporación. (Folio 44 al 51)
- Un cuadro en el que se relacionan varios contratistas con su respectivo número de contrato y el valor de los mismos (fls. 52-54).
- Copia simple del contrato de prestación de servicios N° 21.7.1.115-2014 el cual es suscrito por Fabio Fernando Arroyave Rivas como presidente del Concejo de Cali con el señor José Efraín Morales Valencia por un valor de \$ 14.932.800 (catorce millones novecientos treinta y dos mil ochocientos pesos) (fls. 55-62).
- Copia Simple del contrato de prestación de servicios N° 21.7.1-19- 2014 el cual es suscrito por Fabio Fernando Arroyave Rivas como presidente del Concejo de Cali, con la Corporación Social del Suroccidente Colombiano por un valor de \$27.647.292 (veintisiete millones seiscientos cuarenta y siete mil doscientos noventa y dos pesos). (Fls. 64-67).

La noción de “autoridad civil” ha sufrido grandes transformaciones, pues a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dotado con diverso contenido a

<sup>7</sup> Al respecto hay abundante jurisprudencia en la que se establece con claridad que dicho servidor público, No es un empleado público, dentro de las cuales se destacan: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril de 2013, radicado 15001-23-31-000-2011-00623-01. Cp. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de septiembre de 2008 radicado 73001-23-31-000-2007-00703-01 Cp. Filemón Ochoa Jiménez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de mayo de 2005 63001-23-31-000-2003-01077-01(3588)Cp. Darío Quiñones Pinilla; entre otras.

este concepto. No obstante lo anterior, en el año 2011 la Sala Plena de esta Corporación zanjó la discusión existente y señaló que:

*“Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 CP, es una especie de la autoridad pública –como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil”.*<sup>8</sup> (Subrayas fuera de texto).

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<sup>9</sup>.

De la mano con la definición anterior, es necesario recordar que la Sala Electoral de esta Corporación ha entendido que el elemento de autoridad debe ser interpretado, de manera que pueda catalogarse como objetivo, es decir, que no es necesario verificar que efectivamente el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas para afirmar que ejerció autoridad, es decir, **la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla**<sup>10</sup>.

Una vez hechas las anteriores precisiones<sup>11</sup> y toda vez que, al analizar las disposiciones de la Ley 136 de 1994, especialmente

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Esta Corporación en sentencia del 15 de febrero 2011 radicado n°11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- señaló que no es cualquier clase de decisión la que configura la autoridad civil, sino solamente aquellas que “determinan el obrar mismo del Estado” y que su ejecución o puesta en práctica demuestra el control que se ejerce sobre la administración, los ciudadanos y los demás funcionarios.

<sup>10</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sección en, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 5 de junio de 2003, Expediente N° 3090; Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de Julio 14 de 2005. Expediente: 170012331000200301538-01 (3681) CP Reinaldo Chavarro Burtica; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2009 radicación n° 68001-23-15-000-2007-0067702 CP María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente, sentencia de 17 de febrero de 2005 radicación n° 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441) María Nohemí Hernández Pinzón y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicación: 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado) C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>11</sup> Las anteriores consideraciones también se abordaron en la providencia proferida por la Sección Quinta el 19 de febrero de 2015 en el radicado 11001032800020140004500 CP (E). Alberto Yepes Barreiro.

en lo que respecta a quien detenta la autoridad civil y política en el municipio, se colige que en dicha entidad territorial no ejercen autoridad civil o política ni los concejales, ni el presidente del concejo, se verificará desde la perspectiva del criterio funcional, si el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas ejerció autoridad civil en su cargo de "Presidente del Concejo Municipal".

A folios 44 y siguientes del expediente obra copia simple de algunos apartados de la Resolución 21.2.22.583 de 30 de septiembre de 2013 "Por medio de la cual se expide el reglamento interno del concejo municipal de Santiago de Cali", la cual en su artículo 25 consagra las funciones que deberá a llevar a cabo el presidente de dicha corporación.

En efecto, se observa que dicho cargo tiene adscritas 26 funciones, las cuales se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Las relativas a las sesiones del concejo: Dentro de estas se encuentran las de presidir, abrir y cerrar las sesiones; fijar el orden del día de la sesión y velar para que los concejales asistan puntualmente a dichas reuniones. (Funciones 1-2-3-5)
- Las referentes al trámite de los proyectos y acuerdos municipales, es decir, firmar, sancionar, publicar los acuerdos y designar el ponente para los proyectos de acuerdo. (Funciones 6-7-8-13)
- Las relacionadas con la organización del concejo tales como garantizar el cumplimiento del reglamento y vigilar que tanto el Secretario General del Concejo, como los demás empleados del Concejo de Cali cumplan cabalmente sus funciones. (Funciones 4 -16)
- Las afines a la presentación de informes; en este grupo se incluyen tanto el informe de su gestión, como el requerir a las comisiones para que aquellas hagan lo propio. (Funciones 9-10)
- Las que atañen a la relaciones del concejo con los ciudadanos tales como actuar en representación del cabildo; suscribir todas las comunidades enviadas por el concejo; dar curso a las comunicaciones o demás documentos recibidos y fomentar las buenas relaciones con el Gobierno y con otras corporaciones (Funciones 11-14-15- 20).
- Las afines con los nombramientos y renuncias tales como designar integrantes de las comisiones incidentales; dar posesión concejales, al vicepresidente, al secretario general, al personero, al contralor y a los demás funcionarios; aceptar la renuncia de los concejales y declarar vacancias.(Funciones 12- 21-22-24)
- Las que atañen al presupuesto, esto es, ordenar y ejecutar el presupuesto del concejo así como preparar el proyecto de presupuesto.(Funciones 17-18)
- La tocante con temas contractuales (Función 19).

- Las demás que se sean asignadas (Función 26).

Para el accionante, tres de las funciones antes descritas denotan que el Presidente del Concejo de Cali ejerce autoridad civil y política, aquellas son:

*"17. Ordenar el gasto y la ejecución presupuestal del concejo.*

*19. Firmar los actos y contratos que sean necesarios para la buena marcha de la Corporación.*

*21. Dar posesión a los (...) subalternos"<sup>12</sup>*

No obstante, del análisis de las funciones del cargo de Presidente del Concejo Municipal de Cali se colige con toda claridad que el cargo en el que fungió el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas no es de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil, porque las características de la actividades por él adelantadas tienen mayor afinidad con las especificidades propias de la autoridad administrativa, comoquiera que el poder de mando se ejerció dentro de la institución<sup>13</sup>.

En efecto, la función relacionada con "ordenar el gasto y la ejecución del presupuesto" no comporta ejercicio de autoridad civil, pues esa facultad en realidad denota ejercicio de autoridad administrativa, siendo claro que dentro de los elementos configurativos de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Superior se excluye esta clase de autoridad.

Lo propio sucede con las facultades de contratación asignadas al presidente de esa corporación, debido a que esta es una actividad netamente administrativa que no configura autoridad civil, porque los contratos celebrados por el *Presidente del Concejo* orientan la función administrativa de aquella institución y no lleva implícitas ordenes de obligatorio cumplimiento para los administrados o para otros servidores públicos.

Así lo sostuvo la Sala de forma reciente al señalar que la facultad de contratación es una función consustancial a la autoridad administrativa literalmente afirmó:

*"La segunda [se refiere a la autoridad administrativa] representa el ejercicio de competencias administrativas para decidir sobre los demás asuntos que atañen a la misma función administrativa en orden a definir cómo se cumple, por eso se entiende consustancial a facultades trascendentes como la contratación, el poder disciplinario, o el ejercicio de la facultad nominadora"<sup>14</sup>*  
(Subrayas fuera de texto).

Esta tesis no es novedosa, pues desde el año 1996 la Sección

<sup>12</sup> Folios 48 y 49 del expediente

<sup>13</sup> En este sentido se expresó la Sección Quinta en providencia del 2 de mayo de 2013 radicado n° 47001-23-31-000-2012-00009-00 (Acumulado 2012-00001) CP. Mauricio Torres Cuervo al sostener que "la segunda [se refiere a la autoridad administrativa] incorpora la facultad de determinar el rumbo de la administración".

<sup>14</sup> *Ibidem*.

aseveró que las funciones atribuidas al presidente del concejo no implican el ejercicio de autoridad. En esa oportunidad se afirmó.

*“la función administrativa de concejal y el desempeño de la presidencia del cabildo, no invisten a quienes la ejercen de autoridad civil o política ni de cargo de dirección administrativa (...)”<sup>15</sup>* (Subrayas fuera de texto).

Aunque es evidente que dentro de las funciones asignadas al presidente del concejo de Cali, aquel tenga la capacidad contractual, este mero hecho no implica que desarrolle autoridad civil, ya que por medio de esta función lo que se pretende es que la institución alcance los objetivos planteados por la Constitución y por la ley.

Ahora bien, respecto a la facultad nominadora que tiene el “Presidente del Concejo de Cali”, la Sala encuentra que en realidad dicha capacidad no existe, ya que lo que en realidad le fue atribuido a este funcionario es el deber de dar “posesión” a los “subalternos”, es decir, se le impone la obligación de adelantar el trámite mediante el cual se formaliza la vinculación laboral de los empleados del concejo municipal, pero no tiene la potestad de nombrar o remover libremente a estos servidores públicos.

Así las cosas, de la revisión de las funciones que desempeñó el señor Fabio Fernando Arroyave Rivas en su calidad de “Presidente del Concejo Municipal” se puede concluir con toda claridad que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, pues en ningún momento dicho funcionario tuvo la potestad de desplegar actos de autoridad, es decir, dentro de los roles asignados **no podía**: i) impartir ordenes, ii) proferir actos de autoridad que denoten en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos; iii) dictar instrucciones o iv) adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para los habitantes de la ciudad de Cali, en otras palabras, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna.

Por su parte, para determinar si en el cargo de “presidente del concejo” se ejerce autoridad política es necesario resaltar que: i) aunque la Ley 136 de 1994 en su artículo 189 no definió que se entiende por autoridad política, la enunciación que se hace en dicha disposición legal es un referente para construir el citado concepto<sup>16</sup>; ii) los cargos que ahí se describen son equiparables, en sus justas proporciones, a los empleos del orden nacional, departamental y distrital y iii) de la interpretación del artículo 189 de la Ley 136 de 1994 se desprende que la autoridad política es autónoma de la autoridad civil y es la “atañe al manejo del Estado”<sup>17</sup>.

15 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de enero de 1996, Radicado Interno N° 1490. Cp. doctor Amado Gutiérrez Velásquez

16 Dicha afirmación fue prohibida en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de agosto de 2002, radicado PI-025 y la misma fue reiterada por la Sala Plena en sentencia del 15 de febrero de 2011, en el proceso 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI) con ponencia de Enrique Gil Botero al señalar que la Ley 136 de 1994 en su artículo 189 definía “los contornos” de esta clase de autoridad.

17 La primera vez que se adoptó esta afirmación fue en un concepto proferido

De las anteriores definiciones se concluye que tampoco se probó el ejercicio de autoridad política, debido a que de las funciones desempeñadas por Fabio Fernando Arroyave Rivas, en su calidad de *Presidente del Concejo Municipal de Cali*, se desglosa que en aquel cargo no se hubiese podido desplegar actividades que lleven implícitas características propias de la autoridad política, máxime si se tiene en cuenta que los presidentes del concejo “no participan del gobierno municipal”<sup>18</sup>.

De igual forma lo concluyó la Sección en la sentencia proferida en el radicado interno n°1490, ocasión en la que se consideró que los concejales no ejercen autoridad política, porque no todo lo público implica la noción de político.<sup>19</sup>

En síntesis, es claro que todas las actividades adelantadas por el “Presidente del Concejo Municipal” se realizan en nombre y representación de una corporación pública y por ello, no puede entenderse que aquel ejerza autoridad civil o política.

En suma, a mi parecer las pretensiones de la demanda debieron negarse porque Fabio Fernando Arroyave Rivas en su calidad de Presidente del Concejo Municipal de Cali, no ejerció autoridad civil ni política y no como lo concluyó la Sala porque aquel no se desempeñó como “funcionario público”.

Fecha ut supra,

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

el 5 de noviembre de 1991 por la Sala de consulta y Servicio Civil bajo el radicado N° 413 en el cual se afirmó que: “Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado”. Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo replicó dicha tesis en sentencia del febrero de 2000 radicado interno 2634 oportunidad en la que aseveró que: “En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado (...)”. Lo anterior fue reiterado por esta Corporación en sentencia de 27 de agosto de 2002 radicado n° PI-025 así: “(...) la autoridad política que, como ya se consignó, está limitada a quienes dirigen el Estado”. Bajo la misma línea argumental en sentencia del 16 de septiembre de 2003 radicado n° 2003 - 0267(PI) se precisó que: “Por su parte, la autoridad política es también autoridad civil, pero circunscrita a la que ejercen quienes dirigen el Estado”. Finalmente, esta tesis fue corroborada en sentencia del 15 de febrero de 2011 radicado 2010-1055 (PI), en donde se recopilaron todos estos antecedentes y se señaló que “esa clase de autoridad [se refiere a la política] goza de autonomía y por eso es distinta de la autoridad civil”.

18 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de enero de 1996, Radicado Interno N° 1490. Cp. doctor Amado Gutiérrez Velásquez “Por lo tanto, está claro para la Sala que conforme a los criterios jurisprudenciales y legales expuestos, los presidentes de los concejos no son titulares de autoridad política porque no participan del gobierno municipal ya que en el ámbito local el jefe de la administración municipal es el Alcalde, por expreso mandato del artículo 314 constitucional, en razón de lo cual es él quien detenta la autoridad política que se extiende a quienes hacen parte del gobierno del municipio”.

19 Ibidem.

### **EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO - Radica en la inobservancia de las formalidades o presupuestos de formación del acto**

La expedición irregular es un vicio de nulidad de los actos que se materializa cuando se vulnera el procedimiento determinado para la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición del mismo, en otras palabras cuando se cuestiona la forma en la que se profirió el respectivo acto. En suma, la causal de nulidad por expedición irregular se configura cuando se acredita la existencia de alguna anomalía sustancial en el proceso de formación del acto, lo anterior aplicado al caso concreto implica determinar, si tal y como lo sostuvieron los demandantes, el Senado de la República omitió ceñirse de manera irrestricta al proceso de formación que el ordenamiento jurídico estableció para proferir la elección contenida en el Acta N° 2 de agosto de 2014. Uno de los aspectos más importante a la hora de verificar si un acto se profirió con expedición irregular, es determinar cuál es la norma a la que el procedimiento administrativo debió ceñirse, es decir, es necesario tener plena claridad sobre el trámite que la ley y/o la Constitución previeron para la expedición de un determinado acto, ya que solo en esa medida se puede examinar si se presentó o no alguna anomalía.

Nota de Relatoría: Sentencia de 23 de marzo de 2007, Rad. 2006-00172-01(4120), M. P. Darío Quiñones Pinilla. Sección Quinta.

### **CONVOCATORIA PÚBLICA - Acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general/CONVOCATORIA PÚBLICA - Desde el principio y de manera expresa debe especificar las reglas y condiciones de participación - CONVOCATORIA A CARGO PÚBLICO - Fija el marco jurídico del concurso**

La convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan 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. 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. En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración. Así las cosas,

es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados. Y es que no podía de ser de otra forma, pues solo si se acepta que las convocatorias son vinculantes se puede garantizar el debido proceso administrativo, la igualdad, el acceso equitativo a los cargos públicos y la seguridad de las actuaciones de la administración. De lo anterior se desprende que cuando en una convocatoria se establece un plazo determinado, se entiende que aquel es preclusivo o perentorio, pues de lo contrario se minaría el debido proceso administrativo que debe permeare la actuación administrativa.

### **CONVOCATORIA PÚBLICA - Eventos en los cuales se puede modificar los plazos establecidos en esta/ CONVOCATORIA PÚBLICA - Se podrá modificar un lapso establecido cuando el cronograma expresamente así lo autorice/CONVOCATORIA PÚBLICA - Se podrá modificar un lapso establecido cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza/CONVOCATORIA PÚBLICA - Se podrá modificar un lapso establecido en caso de fuerza mayor o caso fortuito**

Existen circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico avala la variación en los términos de una convocatoria. En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos: i) Cuando el cronograma expresamente así lo autorice: Bajo el entendido de que una convocatoria está precedida, usualmente, de un acto de apertura y de un cronograma, se puede concluir que es válido que se modifiquen los términos de la misma cuando en el acto de apertura o en el respectivo cronograma así se autorice, en otras palabras, cuando desde la publicación de la convocatoria se establezcan los supuestos en los cuales los términos de la convocatoria podrán ser modificados. ii) Cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza: Es decir, cuando el reglamento de la autoridad que está adelantando el procedimiento administrativo contempla, de forma explícita, los eventos en los cuales se puede modificar los términos en los que se dictan las convocatorias públicas de dicha entidad. iii) En caso de fuerza mayor o caso fortuito: Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial.

En suma, al ser los términos y condiciones de una convocatoria plenamente vinculantes, aquellos no podrán ser modificados, salvo, cuando así lo autorice el cronograma y/o el reglamento de la respectiva autoridad o cuando acaezca una situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito.

Lo anterior adopta más fuerza, si se tiene en cuenta que cuando se establece una convocatoria pública que culminara con la expedición de un acto administrativo, los términos, condiciones y formalidades allí estipulados hacen parte integral de la actuación administrativa y cualquier omisión o transgresión a dichas pautas podría, según la afectación que se realice, derivar en la expedición irregular del acto administrativo.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República/NULIDAD ELECTORAL - Expedición irregular del acto/SENADO DE LA REPÚBLICA - Vulnero el debido proceso administrativo al modificar el termino para presentar los curriculum**

Corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto, el Senado de la República podía variar los términos de la convocatoria pública, sin vulnerar el trámite que la ley y la convocatoria del 25 de junio de 2014 fijaron para el efecto. Recordemos que el Senado de la República adelantó una convocatoria pública con el objeto de que los aspirantes a ocupar los cargos de “Secretario General y Subsecretario General del Honorable Senado de la República y de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales” pudieran poner a consideración de la plenaria de esa cámara del Congreso y de sus respectivas comisiones diferentes hojas de vida para ocupar dicho cargos. En efecto, la convocatoria a la ciudadanía se realizó a través del Acto de 25 de junio de 2014 denominado “Convocatoria Pública”, mediante el cual se convocó a los interesados a inscribirse para ocupar los referidos cargos. En dicho documento se estipularon las siguientes pautas: Se precisó las condiciones que debían reunir las personas que aspiraban a ocupar dichos cargos, esto es, acreditar los requisitos contenidos en el artículo 50 de la Ley 5ª de 1992. Los aspirantes debían entregar la documentación correspondiente en la Subsecretaría General del Senado. La radicación de los documentos se haría en el lapso comprendido entre 2 de julio de 2014 a las 8:00 a.m. hasta el 4 de julio del mismo año a las 5:00 p.m. De lo anterior se desprende que en el acto del 25 de junio de 2014 se estableció un marco jurídico que era de obligatorio acatamiento, tanto para el Senado de la República, como para las personas que deseaban ocupar los cargos que se encontraban vacantes. Específicamente, es de resaltar que la convocatoria fijó un plazo al cual estaban sometidos, tanto las personas interesadas en ocupar los cargos vacantes en el Senado de la República, so pena de ser excluidas del proceso selectivo, como la administración, so pena de vulnerar el debido proceso administrativo. Así las cosas, es evidente que la condición referente a radicar los documentos solicitados en la convocatoria únicamente en el lapso comprendido entre 2 de julio de 2014 a las 8:00 a. m. hasta el 4 de julio del mismo año a las 5:00 p. m., era vinculante para el Congreso de la República y, en consecuencia, solo podía alterar dicho período si y solo si: i) el cronograma así lo estipulaba, ii) el reglamento del Congreso, esto es la Ley 5ª de 1992, así lo autoriza o iii) acaecía un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

En síntesis, en el sub júdice se presentó una anomalía sustancial en el procedimiento administrativo adelantado por el Senado de la República para proveer los cargos vacantes, falencia que deriva en la expedición irregular del acto de elección, toda vez que, con la expedición del Acto del 10 de julio de 2014 se vulneró el debido proceso administrativo, al modificarse sustancialmente el término que para presentar los curriculum vitae se estipuló en la convocatoria del 25 de junio de 2014, sin que dicha alteración estuviese avalada ni la convocatoria, ni el reglamento del Senado o que se debería a la presencia de alguna situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito que permitiera variar el marco jurídico establecido en la Convocatoria del 25 de junio de 2014. Con base en los argumentos que preceden, la Sala concluye que el acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República se encuentra viciado de nulidad por “expedición irregular” y así se decretará en la parte resolutoria de esta providencia. Teniendo en cuenta que se probó la causal de nulidad de expedición irregular, se releva a la Sala de realizar el estudio de los demás cargos endilgados, toda vez que, con lo expuesto es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda y detener el análisis del *sub judice*. De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por la causal de expedición irregular, habida cuenta que Senado de la República desconoció los plazos contenidos en la convocatoria sin tener justificación para ello.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá D. C, tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

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

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano John Efrén Rodríguez Barrera interpuso demanda de nulidad electoral contra el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014, por medio del cual se eligió al señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, para el período 2014-2018.

Para el efecto presentó la siguiente pretensión:

*"Que se declare nulo el acto denominado de ELECCIÓN Y POSESIÓN del señor JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA NÚMERO 02 del cinco (05) de agosto de 2014 de esa comisión"<sup>1</sup> (Mayúsculas en original)*

A su vez, el ciudadano Gerardo Antonio Arias Molano también elevó demanda de nulidad contra el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014, por medio de la cual se eligió al señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, para el período 2014-2018. En el escrito de la demanda solicitó:

*"Primera: Declarar que es nulo el acto de elección y posesión del señor JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA NÚMERO 02 del cinco (05) de agosto de 2014 de esa comisión, publicada formalmente en la Gaceta del Congreso de la República, en razón a los aspectos que se narran en el capítulo de HECHOS de esta demanda.*

*Segunda: ORDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, al Congreso de la República, que realice los actos necesarios para que la Comisión de Acreditación Documental del CONGRESO DE LA REPÚBLICA y, concretamente, la Comisión Sexta Constitucional permanente del SENADO DE LA REPÚBLICA, convoque a una elecciones para designar al Secretario de esa comisión, dentro de la cual solo podrán ser consideradas, seleccionadas o nombradas, las personas que se inscribieron formalmente, dentro del término de la CONVOCATORIA, esto es a "hasta el día 4 de julio de 2014 a las 5 p. m". y, en consecuencia con exclusión de los inscritos con posterioridad".<sup>2</sup>*

## 1.2. Los hechos

Pese a que las demandas se presentaron de forma separada, los demandantes expusieron en igual sentido y redacción que el acto contentivo de la elección del señor Laverde Vargas se encuentra viciado de nulidad.

Como sustento de su posición, relataron los siguientes hechos que la Sala resume así:

- El 25 de junio de 2014 la Comisión de Acreditación Documental del Senado de la República realizó Convocatoria Pública para que las personas que deseaban aspirar a los cargos de "Secretario General y Subsecretario General del Honorable Senado de la República y de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales

y *Coordinadores de las Comisiones Legales*", radicarán su hoja de vida en las dependencia de dicha cámara del Congreso.

- En la convocatoria en comento se estableció que las personas que deseaban postularse para ocupar los citados cargos, debían radicar la documentación correspondiente en la Subsecretaría General del Senado en el lapso comprendido entre 2 de julio de 2014 a las 8:00 a.m. hasta el 4 de julio del mismo año a las 5:00 p.m.
- No obstante lo anterior, el 3 de julio de 2014 la Comisión de Acreditación Documental del Senado profirió el documento denominado "*Prórroga Convocatoria Pública*".

En dicho escrito se amplió el plazo estipulado inicialmente, de forma tal que los aspirantes a ocupar los cargos de Secretario General, Subsecretario General del Senado de la República, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales podían entregar la documentación requerida a más tardar el día 7 de julio de 2014 a las 12 m.

- Los demandantes afirmaron que el documento de "*Prórroga Convocatoria Pública*", no fue notificado personalmente a aquellos que se inscribieron dentro del término establecido en la convocatoria inicial, tal y como lo exige el artículo 66 del CPACA.
- Igualmente, manifestaron que como resultado de la "*prorroga*" se presentaron 10 solicitudes más a las inicialmente recepcionadas, de forma tal que a las 12 m del día 7 de julio de 2014 estaban inscritas un total de 40 personas.
- El día 10 de julio de 2014, la Comisión de Acreditación Documental del Senado profirió el documento llamado "*Convocatoria Pública Reapertura*" por medio del cual se reabrió el proceso de convocatoria del 25 de junio de 2014 y se autorizó para que durante los días 10,11 y 14 de julio del citado año, en el horario de 8 am a 5 pm, se recibieran nuevas hojas de vida de los aspirantes a proveer los cargos estipulados en la convocatoria inicial.

En dicho escrito se puso de presente que la "*reapertura*" tenía por objeto responder a las "*innumerables solicitudes de las personas interesadas en participar en la convocatoria para proveer los cargos Secretario General y Subsecretario General del Honorable Senado de la República y de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales*".

- Los demandantes sostuvieron que dicha "*reapertura*" no fue notificada a las personas que ya estaban inscritas

1 Folio 61 Expediente N° 2014-0128.

2 Folio 75 Expediente N° 2014-0125.

en la convocatoria, lo cual vulneró sus derechos. Dicho desmedro, según su criterio, se hace latente si se tiene en cuenta que como resultado de la reapertura autorizada por el Acto del 10 de julio de 2014, se postularon 34 personas más a las previamente inscritas, de forma tal que al 14 de julio de 2014 la convocatoria contó con 74 aspirantes suscritos.

- Afirmaron que el día 14 de julio de 2014 a las 5: 00 pm, cinco aspirantes, incluido el demandado, radicaron en las dependencias del Congreso sus hojas de vida para postularse a los cargos de Secretario General, Subsecretario General del Senado de la República, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Coordinadores de las Comisiones Legales.
- Para la parte demandante, las 5 postulaciones hechas a las cinco en punto del día 14 de julio de 2014 se realizaron de forma extemporánea, pues si se parte de la base que todas ellas se radicaron al instante mismo del cierre de la convocatoria (5 pm) se presentó imposibilidad física de: i) revisar y contar los folios, ii) verificar los antecedentes judiciales, disciplinarios y de contraloría y iii) realizar la anotación en el libro.

A su juicio, el trámite descrito en precedencia se llevó a cabo con posterioridad al cierre de la convocatoria, razón por la cual la hoja de vida del demandado al ser la última en radicarse debió ser excluida del proceso de selección.

- Finalmente, adujeron que pese a las irregularidades presentadas a lo largo de la convocatoria, el señor Laverde Vargas fue elegido como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente como consta en el Acta N° 02 de agosto de 2014.

Por lo anterior, para los demandantes, el señor Jorge Eliécer Laverde Vargas no podía haber sido elegido Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, porque el procedimiento administrativo que se adelantó para ocupar dicho cargo adolece de varios reproches que vician de nulidad el acto de elección.

### 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En las demandas se afirma que la elección del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas se encuentra viciada de nulidad, comoquiera que:

- i) El demandado fue elegido sin reunir las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad. Para lo cual argumentaron que uno de los requisitos legales para ser elegido era haberse inscrito en tiempo a la convocatoria, sin que esta exigencia se materializara porque la inscripción del

señor Laverde Vargas fue extemporánea. Por lo tanto, a su juicio, se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 de CPACA.

- ii) El acto de elección está viciado de nulidad por la causal de “*infracción de norma superior*” contenida en el artículo 137 del CPACA concretamente, porque los actos previos a proferir el Acta N° 02 de agosto de 2014 trasgredieron los artículos 29 de la Constitución, 65, 66 y 67 del CPACA, 24 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 5ª de 1992<sup>3</sup> cuando reabrieron la convocatoria “*sin existir norma expresa que lo consagre, o que existiera una causa o un hecho legal al que le pudiese haber atribuido el acto*”<sup>4</sup>

Frente a cada norma que consideraron infringida manifestaron lo siguiente:

- **Respecto a la violación de los artículos 65, 66 y 67 del CPACA:** Señalaron que los Actos del 3 y 10 de julio de 2014 proferidos por la Comisión de Acreditación Documental del Senado eran actos administrativos de contenido mixto, que debieron notificarse de forma personal a aquellos que antes de su expedición se habían inscrito para proveer los cargos de Secretario General, Subsecretario General, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales del Senado de la República.
- **Respecto a la trasgresión de la Ley 80 de 1993:** Adujeron que se vulneró dicha normativa, porque aquella debía ser guía en los “*vacíos existentes en los trámites de selección, elección o nombramiento*”, especialmente en lo que respecta a la selección objetiva y a al carácter preclusivo de los procedimientos de selección.

En ese mismo orden de ideas, el demandante del expediente 2014-128 afirmó que se violó el numeral 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque en aquella disposición se consagra que los informes deben ser notificados a las partes para que aquellas puedan contradecirlos, notificación que en este caso no se surtió.

- **Respecto al desconocimiento de la Ley 5ª de 1992:** los demandantes argumentaron que el acto es nulo, porque ni el acto de “*prorroga*” ni el de “*reapertura*” se notificaron en la Gaceta del Congreso tal y como lo exige el artículo 36 de la Ley 5ª de 1992.

- iii) El acto de trámite llamado “*Prórroga Convocatoria Pública*” del 3 de julio de 2014 desconoció que el computo de los términos y plazos que se fijan en las convocatorias públicas se deben contar tal y como lo estipulan los artículos 62 del Código de Régimen Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>3</sup> Específicamente el demandante del expediente 2014-125 en su escrito de subsanación de la demanda señaló como violados los artículos 21, 36, 46, 50, 51, 53, 54,60.

<sup>4</sup> Folio 65 Expediente 2014-128

En lo que concierne a este punto, el demandante del expediente 2014-125 sostuvo que la vulneración a las normas en cita se agudizó, porque el Acto del 3 de julio de 2014 impuso una limitación horaria para la recepción de las nuevas hojas de vida, pese a que la ley permitía que dicho plazo se extendiera por todo el día.

iv) Los actos del 3 y 10 de julio de 2014 no podían ampliar el lapso inicialmente establecido en la Convocatoria del 25 de junio de 2014, ya que según los artículos 6, 15, 16, 18 del Código Civil; 118 y 121 del C. P. C.; el numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 267 del CPACA esos términos eran improrrogables.

v) El acto de "reapertura" no contó con una motivación válida. Para el efecto, argumentaron que el acto de "prorroga" y el de "reapertura", están viciados de falsa motivación, por cuanto no existía justificación válida para modificar los términos estipulados en la convocatoria inicial.

vi) Los actos que prorrogaron la convocatoria inicial están enmarcados en la "arbitrariedad", pues se soportaron en el "capricho, decisión personal o voluntad individual" de quien los profirió, configurando así la causal de desviación de poder.

## 2. Trámite procesal

### • Respetto a la demanda del Expediente 2014-00128

Mediante auto del 30 de septiembre de 2014, se inadmitió la demanda presentada por John Efrén Rodríguez, debido a que: i) solicitó la nulidad de un acto de trámite y ii) no explicó adecuadamente el concepto de la violación alegada.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda, la Sala mediante auto del 13 de noviembre de 2014 decidió admitirla y ordenó la notificación personal del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas y al Presidente de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.<sup>5</sup>

En esa misma providencia, la Sección negó la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor.

### • Respetto a la demanda del Expediente 2014-0125

Por su parte, mediante auto del 19 de septiembre de 2014 se inadmitió la demanda presentada por el señor Gerardo Antonio Arias Molano.

No obstante, después de examinar el escrito de subsanación del libelo introductorio, la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 11 de diciembre de 2014 admitió la demanda presentada y negó la solicitud de suspensión provisional formulada por el accionante.

### • La acumulación y el sorteo del ponente

Por auto del 3 de marzo de 2014, se decretó la acumulación de las demandas presentadas para que las mismas se tramitaran como un solo proceso, toda vez que, estas tenían idéntico fundamento fáctico y jurídico y se dirigían contra el mismo demandado.<sup>6</sup>

En diligencia de sorteo llevada a cabo el 12 de marzo de 2015 resultó escogido como Consejero Ponente del proceso electoral de la referencia, el magistrado Alberto Yepes Barreiro<sup>7</sup>.

## 3. La contestación de las demandas

### 3.1 El señor Jorge Eliécer Laverde Vargas

El señor Jorge Eliécer Laverde Vargas, por conducto de apoderado en la contestación hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos y se opuso a las pretensiones contenidas en las demandas.

Al efecto, puso de presente que la convocatoria hecha por el Congreso de la República se constituyó con todos los requisitos que la ley previó para esa clase de procesos de selección. Para reforzar este razonamiento citó las sentencias SU-913 de 2009 y la T-090 de 2013 y concluyó que aunque la convocatoria inicial sufrió modificaciones, todos los cambios que se hicieron fueron conocidos por los aspirantes ya que, precisamente, el fin de las prórrogas era garantizar el acceso y la participación de una mayor cantidad de ciudadanos.

Respetto a la violación de los artículos 66 y 67 del CPACA, el demandado sostuvo que los actos administrativos de "prorroga" y "reapertura" tenían carácter general y no particular, razón por la cual el Senado no tenía la obligación de notificarlos personalmente.

Asimismo, puntualizó que dado el carácter general de los actos en comento, en virtud del principio de transparencia, estos únicamente debían publicarse, lo cual se hizo a través de la página web [www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co) tal y como se acredita por el Secretario General del Senado.

Manifestó que la ampliación de términos a la Convocatoria Inicial del 25 de junio de 2014, no tenía como objetivo beneficiar al señor Laverde, por el contrario el fin único de todas esas ampliaciones fue propiciar un escenario en el que la mayor cantidad de ciudadanos pudiera postularse para ocupar los cargos vacantes en el Senado de la República.

Argumentó que no se presentó violación de ninguna de las normas citadas por la parte actora, toda vez que: i) los artículos del Código Civil, del C. P. C. y del Código del Régimen Político Municipal hacen alusión a temas que no tiene puntos de contacto con la convocatoria, ni sus prórrogas y ii) ni los artículos del Código Civil ni los de la Ley 80 de 1993, son aplicables

<sup>5</sup> Reverso del Folio 112 del expediente 2014-128

<sup>6</sup> Folios 284-286 Expediente 2014-128.

<sup>7</sup> Folio 296 Expediente 2014-128.

al procedimiento de elección del Secretario General, Subsecretario General, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales o de los Coordinadores de las Comisiones Legales del Senado de la República.

Finalmente, afirmó que contrario a lo sostenido por los demandantes, el señor Laverde Vargas cumple con los requisitos exigidos en la Constitución y en la ley para ser elegido como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, habida cuenta que es colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y al momento de su elección contaba con más de 30 años de edad, sin olvidar que fue designado en dicha dignidad por sus altas calidades profesionales y humanas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

### 3.2 El Senado de la República

Mediante apoderado, el Senado de la República contestó la demanda y solicitó que se negaran todas y cada una de las pretensiones elevadas por la parte actora.

Para el efecto, manifestó que la convocatoria del 25 de junio de 2014 y sus correspondientes prorrogas se hicieron de manera legal, ya que: i) buscaron que más personas pudieran participar en el proceso de selección adelantado en esa Corporación, ii) los actos del 3 y el 10 de julio se publicaron en la página web del Senado de la República garantizándose así su difusión, iii) el señor Laverde Vargas fue elegido por la mayoría de los miembros de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, iv) que la inscripción del demandado se haya realizado de última, no significa que él no pudiera haber sido elegido y v) el Congreso de la República y en especial el Senado, es autónomo para elegir a su Secretario General, así como a los Secretarios de las diferentes comisiones.

### 4. La audiencia inicial

El día 15 de abril de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas.

En efecto, se concedió el valor que asigne la ley a los documentos aportados por las partes y se negó la solicitud de decretar la prueba testimonial de los señores Juan Fernando Cristo y Carlos Emiro Barriga Peñaranda.

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.

## 5. Los alegatos de conclusión

### 5.1 La parte demandante

El demandante del expediente 2014-0128 presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Manifestó que la elección del demandado violó el debido proceso, toda vez que, se realizó en contravención del artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, el cual señala la “*perentoriedad*” de los términos de la convocatoria.

Sostuvo que tanto el acto de “*prorroga*”, como el de “*reapertura*” también vulneraron el debido proceso porque: i) dichos actos no se notificaron personalmente tal y como lo exigen los artículos 44 al 46 del C. C. A. y ii) ninguno de ellos se publicó en la Gaceta del Congreso, pues únicamente se publicó en la página web del Senado, sin que la Ley 527 de 1999 contemplase los portales web como mecanismos idóneos de publicación de los actos administrativos.

Señaló que la justificación brindada en el Acto del 10 de julio de 2014 denominado “*Convocatoria Pública Reapertura*” no es válida debido a que los términos de la convocatoria ya se encontraban vencidos.

Afirmó, que según la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup> no es viable reabrir una convocatoria, ya que los términos que allí se establecen vinculan a la administración generando para ella la obligación de respetarlos.

Igualmente, adujo que ante la ausencia de normas administrativas aplicables al caso concreto es viable acudir a la normativa civil y de procedimiento civil, así como a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

A modo de conclusión, aseveró que se encuentra plenamente probado que el acto de “*reapertura*” del 10 de julio de 2014 fue ilegal.

Seguidamente, el demandante del expediente 2014-0125 alegó de conclusión en los siguientes términos:

Afirmó que una convocatoria es el marco jurídico de un procedimiento de selección y que en ese sentido los “*gestores públicos*” no pueden modificarlo, alterarlo o reformarlo, pues si esto sucede de conformidad con la Ley 80 de 1993 se puede declarar la suspensión o la nulidad parcial del proceso de selección.

Sostuvo que el Acto del 3 de julio de 2014 es nulo, porque debió sujetarse a lo estipulado en el artículo 52 de Código de Régimen Municipal, según el cual “*(...) si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil*”, razón por la cual no debió imponerse una restricción

<sup>8</sup> Para el efecto citó la sentencia T-256 de 1995

<sup>9</sup> Aunque el demandante citó en su escrito de alegatos el artículo 52 del

horaria, sino permitir que la recepción de los documentos se hiciera durante todo el día hábil del 7 de julio de 2014.

Igualmente, señaló que el acto de "reapertura" del 10 de julio de 2014 violó los artículos 6, 15, 16, 18 y 1742 del Código Civil y concordantes del CPACA, así como los artículos 136 y 138 de la Ley 5ª de 1992, debido a que no tuvo en cuenta que los plazos contenidos en la convocatoria son improrrogables. En este sentido afirmó que no se materializaron los eventos contemplados en el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 que permiten prorrogar las convocatorias.

Argumentó que los actos de prórroga y reapertura al ser actos de contenido general que afectaban a particulares, son actos mixtos que debían publicarse y además notificarse personalmente a las personas que antes de su expedición ya se encontraban inscritas en la convocatoria. Para sustentar su posición trajo a colación la sentencia del 23 de marzo de 2007 proferida por la Sección Quinta en el proceso N° 2006-00172-01 (4120).

Finalmente, sostuvo que las actuaciones del Congreso de la República son abiertamente arbitrarias y contrarias a la ley vigente y enfatizó que un fallo contrario a sus pretensiones sería retrotraer el orden jurídico a siglos de atraso, a épocas en las que se avalaba la expedición de actos sin control y sin justificación.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la parte demandante insistió en la nulidad del Acta N° 02 de agosto de 2014, por medio del cual nombró a Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

## 5.2 La parte demandada

### 5.2.1 El señor Laverde Vargas

A través de apoderado judicial, el demandado alegó de conclusión para los cual hizo un pronunciamiento expreso sobre los puntos de la fijación del litigio, en los argumentos que la Sala sintetiza así:

Respecto al cargo consistente en haber sido elegido sin el reunir las calidades y requisitos, reiteró que el señor Laverde cumplió con todas las exigencias establecidas en la ley, toda vez que, es colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y al momento de su elección contaba con más de 30 años de edad.

Asimismo, preciso que la presunta inscripción extemporánea no vicia de nulidad el acto, no solo porque la postulación se realizó en tiempo, sino porque además aquel no es requisito exigido en la ley para desempeñarse como Secretario de una Comisión Constitucional Permanente del Senado.

En lo que concierne al desconocimiento del artículo 29 de la Constitución, el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1992; la Ley 5ª de 1992; los artículos 66 y 67 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 121 del C. P. C., el demandado afirmó que no existe violación de ninguna de esas normas porque: i) la mayoría de las normas en cita no son aplicables al "proceso de selección" adelantado en el Congreso de la República, ii) la convocatoria, así como sus prórrogas se publicaron en la página web del Senado de la República satisfaciéndose así el debido proceso, iii) el procedimiento de selección se llevó a cabo conforme a la ley y iv) la etapa de inscripciones es una etapa que no crea ninguna situación jurídica particular, por ello podía ser modificada.

Finalmente, en lo que respecta a los cargos de desviación de poder, falsa motivación y expedición irregular, el demandado después de hacer un recuento jurisprudencial acerca de las características de cada una de estas causales de nulidad, afirmó que ninguna de ellas estaban acreditadas en el caso concreto pues: i) las prórrogas no tuvieron origen ni en el capricho, ni la arbitrariedad, ii) los actos se expidieron con base en una justificación razonable y iii) los actos se publicaron en la página web del Senado de la República.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones de las demandas.

### 5.2.2 El Senado de la República

Pese a que el apoderado del Senado de la República presentó escrito de alegatos, la Sala observa que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta, porque dicho documento se presentó de manera extemporánea.

En efecto, según informe secretarial obrante a folio 398 el termino común de 10 días para alegar de conclusión estuvo comprendido entre el 19 de mayo de 2015 al 1º de junio de 2015 y el memorial de alegatos se presentó el día 2 de junio del año en curso, es decir, una vez vencido el lapso concedido para alegar.

## 6. El Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el 29 de mayo de 2015, el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda en atención a que ninguna de las causales de nulidad endilgadas se acreditó en el expediente. Para el efecto, expuso:

- a. Respecto al cargo de resultar electo sin reunir las calidades o requisitos para el cargo.

A juicio, del Ministerio Público este cargo no debe prosperar, toda vez que, en el expediente está plenamente demostrado que el demandado sí cumple con los requisitos que la ley exige para desempeñarse como

código en comento, la Sala encuentra que la transcripción hecha por el accionante corresponde en realidad al tenor del artículo 62 de dicha codificación.

Secretario de una Comisión Constitucional Permanente del Senado.

Sostuvo que según el artículo 50 de la Ley 5ª de 1992 las personas que aspiren a ocupar dicha dignidad deben cumplir con las mismas calidades de quien se postule para ser electo como Senador, además acreditar 5 años de experiencia en temas relacionados.

Con base en estas exigencias, a juicio, de la Procuraduría se encuentra probado que el demandado satisface todos y cada uno de los requisitos exigidos en la ley para desempeñarse como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado.

b. Frente al cargo de desconocimiento del artículo 29 de la Constitución, el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1992; la Ley 5ª de 1992; los artículos 66 y 67 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 121 del C. P. C.

Según la vista fiscal, el argumento de los demandantes según el cual los actos de “*prorroga*” y “*reapertura*” debieron notificarse de forma personal a los aspirantes a los cargos de Secretario General, Subsecretario General del Senado de la República, de Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y de Coordinadores de las Comisiones Legales, carece de asidero jurídico pues desconoce que dichos actos no son de contenido particular, sino que de trámite cuyo único fin es impulsar el “*proceso de selección*”.

Para reforzar su posición citó la providencia del 26 de marzo de 2015, proferida por la Sección en el radicado 11001-03-28-000-2015-0001-01 en el cual se precisó que las convocatorias son actos de trámite.

Asimismo, puso de presente que las disposiciones de la Ley 80 de 1993 no son aplicables al *sub judice*, pues el término de selección de estas clases de empleos se encuentra regulada en la Ley 5ª de 1992, la cual ni siquiera prevé una convocatoria pública.

c. Respecto a la desviación de poder

El delegado del Ministerio Público consideró que no se encontraba probada dicha causal de nulidad, pues lo cierto es que las prórrogas a la convocatoria buscaron garantizar que más personas pudieran participar en el proceso de selección, lo cual evidencia que ellas no estuvieron en contra del interés general.

d. Frente a la falsa motivación

Después de precisar la figura de la falsa motivación, el Ministerio Público concluyó que dicha causal no se encuentra acreditada, porque tanto el acto del 3 de julio de 2014, como el acto del 10 de julio de 2014 estuvieron debidamente motivados.

Según su criterio lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que según la sentencia T-267 de 2012 los lineamientos trazados en una convocatoria se pueden modificar cuando: i) aquella vulnere normas superiores o ii) con dicha variación no se contrarié la Constitución y iii) se realice con una motivación y fin específico.

e. Frente a la Expedición Irregular

En lo que concierne a este cargo el Delegado de la Procuraduría General de la Nación, argumentó que las prórrogas no están prohibidas por el ordenamiento jurídico y que además aquellas se publicitaron en la página del web del Senado de la República.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA<sup>10</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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 contenido en el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014 por medio del cual se nombró a Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

### 2. El acto acusado

Se tiene como tal el Acta Número 02 de 2014 en la cual la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado eligió al señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la citada comisión. La copia de dicho acto obra en los folios 52 a 63 del Expediente 2014-125<sup>11</sup> y en la Gaceta del Congreso N° 442 del 27 de agosto de 2014<sup>12</sup> obrante en los folios 122 a 130 del Expediente 2014-125.

Igualmente, es de anotar que para los demandantes el Acta N° 2 de agosto de 2014 es nula, entre otras razones, debido a los vicios en los que incurrió el Senado de la República en la expedición de los siguientes actos:

- El Acto del 3 de julio de 2014 : “*Prorroga Convocatoria Pública*”

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: (...)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)

11 La copia del acto también se encuentra en los folios 37 a 48 del Expediente 2014-128

12 La misma se encuentra disponible en la siguiente página web [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)

- El Acto del 10 de julio de 2014: "Convocatoria Pública Reapertura"

Como se puede observar, los actos descritos son aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado de trámite, es decir aquellos que "no expresan en concreto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo"<sup>13</sup>.

La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que la legalidad de este tipo de actos solo puede estudiarse a través del control del acto definitivo, razón por la cual su examen, en este caso, se hará al estudiar la legalidad del acto contenido en el Acta N° 2 de agosto de 2014.

### 3. Pruebas relevantes

En el plenario obran las siguientes pruebas relevantes:

- i) Copia simple y autentica de la Convocatoria Pública del 25 de junio de 2014 expedida por la Comisión de Acreditación Documental del Senado.<sup>14</sup>
- ii) Copia simple y autentica del Acto del 3 de julio de 2014: "Prorroga Convocatoria Pública" proferido por el Presidente Encargado del Senado.<sup>15</sup>
- iii) Copia simple y autentica del Acto de 10 de julio de 2014: "Convocatoria Pública Reapertura" proferido por el Presidente Encargado del Senado.<sup>16</sup>
- iv) Fotocopia de un libro de Registro en donde se encuentran especificados los siguientes ítem fecha, hora, nombres y apellidos y firma.<sup>17</sup>
- v) Fotocopia del Acta N° 2 del 5 de agosto de 2014 proferida por la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado.<sup>18</sup>
- vi) Fotocopia autentica de la Gaceta del Congreso N° 442 del 27 de agosto de 2014.<sup>19</sup>
- vii) Certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República sobre las publicaciones en la página web de dicha cámara del Congreso.<sup>20</sup>

- viii) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandado<sup>21</sup>.
- ix) Fotocopia de la Gaceta del Congreso N° 470 del 8 de septiembre de 2014.<sup>22</sup>
- x) Hoja de vida del señor Laverde Vargas<sup>23</sup>.
- xi) Diplomas y demás reconocimientos obtenidos por el señor Jorge Eliécer Laverde Vargas<sup>24</sup>.
- xii) Certificado del 16 de julio de 2014 expedido por la Controlaría General de la República con código de verificación 1577240332014<sup>25</sup>.
- xiii) Certificado ordinario de antecedentes disciplinarios N° 58768075 del 16 de julio de 2014 expedido por la Procuraduría General de la Nación.<sup>26</sup>
- xiv) Consulta en línea de antecedentes y requerimientos judiciales del 16 de julio de 2014 expedido por la Policía Nacional de Colombia.<sup>27</sup>

### 4. Análisis de los cargos formulados

En las demandas se diligenciaron una variedad de cargos de nulidad, los cuales fueron fijados en la audiencia inicial<sup>28</sup>, en atención a lo anterior la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Determinar si el acto acusado se encuentra viciado por expedición irregular, con ocasión de que las prórrogas de las convocatorias han sido tachadas de ilegales.
2. Examinar si el demandado fue elegido sin reunir las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad.
3. Analizar si el acto acusado desconoció los artículos 29 Superior; el numeral 7° del artículo 24 de la Ley 80 de 1992; la Ley 5ª de 1992; los artículos 66 y 67 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 121 del C. P. C.
4. Establecer si el acto demandado se expidió con desviación de poder.
5. Determinar si el acto acusado se expidió con falsa motivación de conformidad con lo alegado en la demanda.

13 Corte Constitucional Sentencia T-945 de 2009

14 Fl. 25 y 119 expediente 2014-125 y en los folios 10 y del Expediente 2014-128.

15 Folio 26 y 121 Expediente 2014-125 y en los folios 11 y del Expediente 2014-128.

16 Fl. 27 y 119 Expediente 2014-125 y en los folios 12 y del Expediente 2014-128

17 Fl. 28-31 Expediente 2014-125 y en los folios 13-16 del Expediente 2014-128

18 Fl. 52-53 Expediente 2014-125 y en los folios 37-48 del Expediente 2014-128

19 Folios 122 a 130 del Expediente 2014-125.

20 Folio 181 a 183 Expediente 2014-125 y en los folios 94-96 y 211-214 del Expediente 2014-128.

21 Folio 146 y 332 del expediente 2014-128.

22 Folios 217-264 y 349-396 del Expediente 2014-128.

23 Folio 327-331 Expediente 2014-128.

24 Folio 334-334 Del Expediente 2014-128.

25 Folio 345 del Expediente 2014-128.

26 Folio 346 Expediente 2014-128.

27 Folio 347 Expediente 2014-128.

28 Folio 312 del Expediente 2014-128.

#### 4.1 El cargo de expedición irregular

Para los demandantes el acto acusado es nulo debido a que: i) la actuación administrativa de elección de los secretarios de las comisiones constitucionales y legales de Senado se prorrogó y reabrió de forma irregular; ii) el procedimiento administrativo no se sujetó a la Ley 80 de 1993 teniendo que hacerlo; iii) los actos de trámite desconocieron las disposiciones del Código Civil y el C. P. C.. respecto a los términos perentorios; iv) no se surtió adecuadamente la etapa de notificación de los actos de “prorroga” y “reapertura” y iv) el trámite fue irregular porque trasgredió la Ley 5ª de 1992.

En efecto, **toda** la argumentación de los demandantes va encaminada a atacar la forma en la que se llevó a cabo el procedimiento administrativo a través del cual se buscó proveer los cargos de Secretario y Subsecretario General, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales del Senado de la República, comoquiera que la totalidad de sus argumentos cuestionan la legalidad de los actos previos a la expedición del Acta N° 2 de agosto de 2014.

En consecuencia, tal como quedó establecido de forma **explícita** en la fijación del litigio corresponde a la Sala, examinar si el acto acusado se profirió con expedición irregular con ocasión de que la prórroga y la reapertura de la convocatoria del 25 de junio de 2014 han sido tachadas de ilegales.

Para el efecto, es menester precisar que la **expedición irregular** es un vicio de nulidad de los actos que se materializa cuando se vulnera el procedimiento determinado para la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición del mismo, en otras palabras cuando se cuestiona la **forma** en la que se profirió el respectivo acto.

El profesor Dromi al definir este vicio del acto administrativo señala que *“la omisión o el incumplimiento parcial de las formalidades requeridas pueden afectar en distintos grados su validez [del acto administrativo], según la importancia de la transgresión.”*<sup>29</sup>

En el mismo sentido, la doctrina respecto a este vicio precisó que aquel se materializa cuando *“hay un defecto formal que produce una violación apreciable en el ordenamiento jurídico administrativo y su mantenimiento fuera incompatible con el orden público, se está en presencia de un vicio sobre una forma esencial, sancionado con la nulidad absoluta del acto administrativo.”*<sup>30</sup>

Lo anteriores postulados se recogieron por la Sección Quinta en la sentencia de 23 de marzo de 2007, oportunidad en la que con toda claridad se señaló que:

*“Dicho vicio corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva. Y, según se dijo en precedencia, por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo.”*<sup>31</sup>

En suma, la causal de nulidad por expedición irregular se configura cuando se acredita la existencia de alguna anomalía sustancial en el proceso de formación del acto, lo anterior aplicado al caso concreto implica determinar, si tal y como lo sostuvieron los demandantes, el Senado de la República omitió ceñirse de manera irrestricta al proceso de formación que el ordenamiento jurídico estableció para proferir la elección contenida en el Acta N° 2 de agosto de 2014.

#### 4.2.1 Aspecto previo: La norma aplicable

Uno de los aspectos más importante a la hora de verificar si un acto se profirió con expedición irregular, es determinar cuál es la norma a la que el procedimiento administrativo debió ceñirse, es decir, es necesario tener plena claridad sobre el trámite que la ley y/o la Constitución previeron para la expedición de un determinado acto, ya que solo en esa medida se puede examinar si se presentó o no alguna anomalía.

Antes de dilucidar cuál es la norma que debió seguir el Senado para proferir el acto de elección del demandado, es oportuno precisar cuáles fueron las *“etapas”* que surtió la actuación administrativa objeto de estudio. Así pues, en el procedimiento administrativo que culminó con la expedición del Acta N° 2 de agosto de 2014, la Sala identifica tres etapas, a saber:

**Primera etapa:** Convocatoria Pública, en el marco de la cual se profirieron los siguientes actos:

- **El Acto del 25 de junio de 2014:** A través del cual se convocó a la ciudadanía a presentar las hojas de vida para proveer los cargos de Secretario y Subsecretario General, Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y de Coordinadores de las Comisiones Legales del Senado de la República.
- **El Acto del 3 de julio de 2014:** En el cual se prorrogó la convocatoria antes descrita, en razón a que el la jornada laboral del Senado del día 4 de julio de 2014 solo fue hasta las 2.00 p. m.

29 Dromi Roberto, Acto administrativo, ciudad argentina e Hispania de Libros, Buenos Aires, 2008, pág. 94

30 Cassagne Juan Carlos, El acto Administrativo Teoría y Régimen Jurídico, Temis, Bogota, 2013, pág. 256

31 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de marzo de 2007, radicado N°11001-03-28-000-2006-00172-01(4120). CP. Darío Quiñones Pinilla.

- El Acto del 10 de julio de 2014: A través del cual se dio reapertura a la convocatoria del 25 de junio de 2014 pese a que esta estaba cerrada.

**Segunda etapa:** En la cual, una vez recibidos los documentos de los aspirantes la Comisión de Acreditación Documental los revisó y presentó un informe sobre el cumplimiento o no de los requisitos para ocupar los cargos descritos a la plenaria del Senado.

**Tercera etapa:** En la cual, con base en el informe presentado ante la plenaria, los Congresistas de la Comisión Sexta Constitucional Permanente postularon a varios candidatos y procedieron a votar para finalmente elegir como secretario de la comisión en comento al señor Laverde Vargas.

Por regla general, todas las actividades que se llevan a cabo en el Congreso de la República están plenamente reguladas por la ley. En efecto, en el Reglamento del Congreso, contenido en la Ley Estatutaria 5ª de 1992, se previeron varios procedimientos a los cuales tienen que ceñirse los congresistas para poder adoptar sus decisiones.

Sin embargo la Sala, después de un minucioso análisis, encuentra que dicha normativa NO previó un procedimiento para la recepción de las hojas de vida de los aspirantes a los cargos de Secretario y Subsecretario General, de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y de los Coordinadores de las Comisiones Legales que se eligen en dicha Corporación, es decir, la ley no asignó un trámite determinado para surtir la primera etapa del procedimiento administrativo aquí analizado.

Es de anotar que no sucede lo mismo con la segunda y tercera etapa del procedimiento, pues en los artículos 60 y 136 de la Ley 5ª de 1992 se estableció el trámite que debe adelantarse tanto para el estudio de la documentación presentada por los aspirantes, como para proferir el acto de elección.

Ahora bien, que la ley no haya hecho regulación expresa sobre la forma en la que el Senado debía recibir las hojas de vida para proveer los cargos citados, no significa que dicha etapa sea nula o ilegal, toda vez que, que cuando esto ocurre la Corporación tiene plena libertad para escoger el mecanismo que, a su juicio, mejor satisfaga dicho objetivo. Por supuesto, esta libertad no es absoluta, toda vez que, la administración estará atada por los principios constitucionales y los postulados generales que el CPACA previó respecto a la actuación administrativa, que le sean compatibles.

Comoquiera que la primera fase no tiene un trámite previamente establecido que debiera adoptarse para la recepción de los curriculum vitae de los candidatos que aspiraban a ocupar los cargos descritos, es evidente que el Senado de la República podía, sin ningún reproche, adelantar una convocatoria pública, para recibir las hojas de vida de los aspirantes<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> A la misma conclusión llegó la Sala en auto del 27 de junio de 2013, radicado 11001-03-28-000-2013-00008-00 CP (E) Alberto Yepes Barreiro.

Y sabido es que el mecanismo elegido por el Congreso de la República tenía por objeto ahondar en la participación ciudadana y propender para que el mayor número de aspirantes presentara su hoja de vida para proveer los cargos que estaban vacantes.

Huelga manifestar que el uso de esta herramienta, es decir, de la convocatoria pública, no solo no está prohibido sino que además garantiza en mejor medida los principios de participación, igualdad de acceso a los cargos públicos y pluralidad que permean nuestro sistema jurídico.

Con base en lo expuesto en precedencia y atendiendo a que la primera parte del procedimiento administrativo adelantado por el Senado carece de un trámite previamente establecido en la Ley, la Sala determinará si hubo un procedimiento irregular en la expedición del Acta N° 2 de agosto de 2014 con base en los postulados constitucionales, las normas generales sobre actuación administrativa que consagra el CPACA y con las disposiciones de la Ley 5ª de 1992, toda vez que, aquellas fueron las normas indicadas como violadas por los demandantes en el acápite de concepto de la violación contenido en la demanda.

#### 4.2.2 Expedición irregular por prorrogar y reabrir la Convocatoria del 25 de junio de 2014

Para los demandantes, el Senado de la República no podía ni "prorrogar" ni "reabrir" la convocatoria del 25 de junio de 2015, toda vez que, según la Ley 80 de 1993 y el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil los términos de esta clase de procedimientos son improrrogables.

- a. El presunto desconocimiento de la Ley 80 de 1993

No escapa a la Sala Electoral, que para los demandantes el Acta N° 2 de agosto de 2014 se encuentra viciada de nulidad, porque los actos de "prorroga" y "reapertura" desconocieron la Ley 80 de 1993, específicamente en los numerales 2º y 7º del artículo 24 ibídem.<sup>33</sup> Para la parte actora, teniendo en cuenta el vacío normativo que existía respecto a las normas que debían regir la recepción de las hojas de vida de los aspirantes a los cargos vacantes, el Senado tenía que aplicar a dicha actuación administrativa los postulados de la citada ley y en consecuencia determinar que no había lugar a modificar los términos de la convocatoria.

Sin embargo, para la Sección no es de recibo el argumento esbozado por los demandantes, debido a que las disposiciones del Estatuto de la Contratación Pública NO son aplicables al caso concreto.

<sup>33</sup> Ley 80 de 1993 Artículo 24. "Del principio de transparencia: En virtud de este principio: (...) 2º. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones". (...) "7º. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia".

La Ley 80 de 1993 tiene un ámbito de aplicación bien definido, pues en su artículo 2º se estipula: *“La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*. Esto significa que dicha normativa solo rige cuando el Estado celebra un contrato estatal.

Ahora bien, es evidente que el **procedimiento administrativo adelantado por el Senado de la República** para proveer los cargos de Secretario y Subsecretario General, así como los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales **NO es un contrato estatal en los términos del artículo 32 Ley 80 de 1993 y que por tal razón las disposiciones de la Ley 80 no pueden regirlo**.

Que el Senado de la República haya decidido denominar *“convocatoria pública”* al llamado que hizo a la comunidad para recibir la mayor cantidad de hojas de vida para ocupar los cargos vacantes, no significa que ese mecanismo sea una de las formas de selección de contratistas contempladas en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, ni que este sujeto a las normas del estatuto de la contratación estatal.

Tampoco para la Sección, se puede avalar el entendimiento según el cual al existir un vacío normativo debía aplicarse las normas de la Ley 80 de 1993, no solo porque como se explicó el Senado no estaba suscribiendo un contrato estatal, sino porque además, dentro del margen de discrecionalidad que tenía dicha Corporación, solo debía guiarse por los principios del artículo 209 Constitucional y los lineamientos generales que sobre actuación administrativa consagró el CPACA.

Así las cosas, no queda sino concluir que no hubo expedición irregular por desconocimiento de la Ley 80 1993, habida cuenta que el Senado, en el procedimiento administrativo aquí estudiado, NO tenía la obligación de aplicar las disposiciones que sobre procesos de selección de contratistas previó la normativa en cita pues, se reitera, dicho articulado no era aplicable.

#### b. La violación a las normas civiles y al Código de Procedimiento Civil

Según los demandantes, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad porque tanto el Acto del 3 de julio de 2014 *“Prórroga Convocatoria Pública”* como el Acto del 10 de julio de 2014 *“Convocatoria Pública Reapertura”* desconocieron el artículo 121 del C. P. C.

Al igual que como se explicó en precedencia, esta norma tampoco es aplicable al procedimiento administrativo que adelantó el Senado de la República, comoquiera que la norma en cita hace referencia al conteo de términos en el proceso judicial.

En efecto, la aludida disposición consagra: *“En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca*

*cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”*.

De la simple lectura de la norma transcrita se concluye, sin lugar a dudas que carecen de asidero los razonamientos de los demandantes al señalar que los actos de trámite desconocieron el Código de Procedimiento Civil, pues es claro que dicha codificación únicamente rige a los procesos judiciales y no al procedimiento o actuación administrativa.

Lo propio sucede, con la supuesta infracción de las normas del Código Civil, toda vez que, que dichas disposiciones no son aplicables al proceso administrativo que adelantó el Senado de la República, ya que las materias reguladas en dicha codificación en nada tocan ni con la convocatoria pública, ni con el estudio de la documentación, ni con el acto de elección.

#### c. Los términos y condiciones de una convocatoria son vinculantes - Eventos en los cuales es viable su modificación-

Como se ha expuesto a la largo de esta providencia, la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan 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.

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.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico **de obligatorio acatamiento** para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.

Y es que no podía ser de otra forma, pues solo si se acepta que las convocatorias son vinculantes se puede garantizar el debido proceso administrativo, la igualdad, el acceso equitativo

a los cargos públicos y la seguridad de las actuaciones de la administración.

De lo anterior se desprende que cuando en una convocatoria se establece un plazo determinado, se entiende que aquel es preclusivo o perentorio, pues de lo contrario se minaría el debido proceso administrativo que debe permear la actuación administrativa.

Sin embargo, no escapa a la Sala que existen circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico avala la variación en los términos de una convocatoria. En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos:

- i) **Cuando el cronograma expresamente así lo autorice:** Bajo el entendido de que una convocatoria está precedida, usualmente, de un acto de apertura y de un cronograma, se puede concluir que es válido que se modifiquen los términos de la misma cuando en el acto de apertura o en el respectivo cronograma así se autorice, en otras palabras, cuando desde la publicación de la convocatoria se establezcan los supuestos en los cuales los términos de la convocatoria podrán ser modificados.
- ii) **Cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza:** Es decir, cuando el reglamento de la autoridad que está adelantando el procedimiento administrativo contempla, de forma explícita, los eventos en los cuales se puede modificar los términos en los que se dictan las convocatorias públicas de dicha entidad.
- iii) **En caso de fuerza mayor o caso fortuito:** Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial.

En suma, al ser los términos y condiciones de una convocatoria plenamente vinculantes, aquellos no podrán ser modificados, salvo, cuando así lo autorice el cronograma y/o el reglamento de la respectiva autoridad o cuando acaezca una situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito.

Lo anterior adopta más fuerza, si se tiene en cuenta que cuando se establece una convocatoria pública que culminara con la expedición de un acto administrativo, los términos, condiciones y formalidades allí estipulados hacen parte integral de la actuación administrativa y cualquier omisión o transgresión a dichas pautas podría, según la afectación que se realice, derivar en la expedición irregular del acto administrativo.

d. El caso concreto

Bajo los anteriores parámetros corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto, el Senado de la República podía variar los términos de la convocatoria pública, sin vulnerar el trámite que la ley y la convocatoria del 25 de junio de 2014 fijaron para el efecto.

Recordemos que el Senado de la República adelantó una convocatoria pública con el objeto de que los aspirantes a ocupar los cargos de "Secretario General y Subsecretario General del Honorable Senado de la República y de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales" pudieran poner a consideración de la plenaria de esa cámara del Congreso y de sus respectivas comisiones diferentes hojas de vida para ocupar dicho cargos.

En efecto, la convocatoria a la ciudadanía se realizó a través del Acto de 25 de junio de 2014 denominado "Convocatoria Pública", mediante el cual se convocó a los interesados a inscribirse para ocupar los referidos cargos. En dicho documento se estipularon las siguientes pautas:

- Se precisó las condiciones que debían reunir las personas que aspiraban a ocupar dichos cargos, esto es, acreditar los requisitos contenidos en el artículo 50 de la Ley 5ª de 1992.
- Los aspirantes debían entregar la documentación correspondiente en la Subsecretaría General del Senado.
- La radicación de los documentos se haría en el lapso comprendido entre 2 de julio de 2014 a las 8:00 a.m. hasta el 4 de julio del mismo año a las 5:00 p.m.

De lo anterior se desprende que en el acto del 25 de junio de 2014 se estableció un marco jurídico que era de obligatorio acatamiento, tanto para el Senado de la República, como para las personas que deseaban ocupar los cargos que se encontraban vacantes.

Específicamente, es de resaltar que la convocatoria fijó un plazo al cual estaban sometidos, tanto las personas interesadas en ocupar los cargos vacantes en el Senado de la República, so pena de ser excluidas del proceso selectivo, como la administración, so pena de vulnerar el debido proceso administrativo.

Así las cosas, es evidente que la condición referente a radicar los documentos solicitados en la convocatoria únicamente en el lapso comprendido entre 2 de julio de 2014 a las 8:00 a.m. hasta el 4 de julio del mismo año a las 5:00 p. m., era vinculante para el Congreso de la República y, en consecuencia, solo podía alterar dicho período si y solo si: i) el cronograma así lo estipulaba, ii) el reglamento del Congreso, esto es la Ley 5ª de 1992, así lo autoriza o iii) acaecía un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. Veamos:

- **La modificación del plazo concedido en la convocatoria inicial por el Acto del 3 de julio de 2014 "prórroga convocatoria pública":** La Sala concluye que el Senado de la República no vulneró el debido proceso administrativo al expedir

el Acto del 3 de julio de 2014, toda vez que, dicha modificación al plazo inicialmente estipulado se debió al acacamiento de un hecho imprevisto constitutivo de fuerza mayor.

En efecto, en el expediente consta que el nuevo plazo fijado respondió a que la jornada laboral del Congreso de la República durante el día en el cual se vencía el término concedido para presentar los documentos<sup>34</sup> solo se llevó a cabo hasta las 2.00 pm, es decir 3 horas antes de la fijada en la Convocatoria de 25 de junio de 2014, en la cual se estipuló que los documentos se podrían radicar hasta las 5:00 pm. Por lo tanto, era lógico que se expidiera el Acto de "prorroga Convocatoria pública" y él únicamente ampliara el plazo en las horas en las que no hubo atención al público.

- **La modificación del plazo concedido en la convocatoria inicial por el Acto del 10 de julio de 2014.** Para la Sala Electoral, no cabe duda que el Senado de la República vulneró el debido proceso administrativo al proferir el Acto de 10 de julio de 2014 "Convocatoria Pública Reapertura", comoquiera que no se materializó ninguno de los tres eventos que avalaran modificar de esa manera los términos de la convocatoria inicial.

Así pues, revisado el expediente se encuentra que en el acto de convocatoria pública no se estipuló que aquella pudiera reabrirse solo porque existiría un número significativo de ciudadanos, que una vez culminados los tiempos de inscripción, querían postularse para ocupar los cargos vacantes en el Senado.

Tampoco se encontró que en la Ley 5° de 1992, reglamento del Congreso de la República, se autorizará la reapertura de la convocatoria pública cuando esta tuviera gran acogida en la comunidad.

A lo anterior se suma, que tampoco se estaba en presencia de hechos imprevisibles y/o irresistibles que pudieran justificar la posibilidad de recibir nuevamente hojas de vida para proveer los cargos de *Secretario General y Subsecretario General del honorable Senado de la República y de los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales y Coordinadores de las Comisiones Legales*".

Es claro que el Senado de la República no podía reabrir la convocatoria, pues al hacerlo desconoció que las reglas y plazos fijados en la convocatoria inicial eran de obligatorio acatamiento, los cuales solo se podían modificar excepcionalmente y por contera, vulneró el debido proceso administrativo que debe permeare la actuación administrativa.

En síntesis, en el *sub judice* se presentó una anomalía sustancial en el procedimiento administrativo adelantado por el Senado de la República para proveer los cargos vacantes, falencia que deriva en la expedición irregular del acto de elección, toda vez que, con la expedición del Acto del 10 de julio de 2014 se vulneró el debido proceso administrativo, al modificarse sustancialmente el término

que para presentar los *curriculum vitae* se estipuló en la convocatoria del 25 de junio de 2014, sin que dicha alteración estuviese avalada ni la convocatoria, ni el reglamento del Senado o que se debería a la presencia de alguna situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito que permitiera variar el marco jurídico establecido en la Convocatoria del 25 de junio de 2014.

Con base en los argumentos que preceden, la Sala concluye que el acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República se encuentra viciado de nulidad por "expedición irregular" y así se decretará en la parte resolutive de esta providencia.

Teniendo en cuenta que se probó la causal de nulidad de expedición irregular, se releva a la Sala de realizar el estudio de los demás cargos endilgados, toda vez que, con lo expuesto es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda y detener el análisis del *sub judice*.

## 5. Conclusión

De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por la causal de expedición irregular, habida cuenta que Senado de la República desconoció los plazos contenidos en la convocatoria sin tener justificación para ello.

Por lo expuesto, se declarará la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado contenido en el Acta del 2 de agosto de 2014 advirtiendo a los sujetos procesales que contra esa decisión no procede recurso alguno.

## 2. 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,

## IV. RESUELVE

**Primero. Declarar** la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado contenido en el Acta del 2 de agosto de 2014.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Augusto Hernández Becerra**

Conjuez

**Esperanza Gómez de Miranda**

Conjuez

34 Folio 26 Expediente 2014-125

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -  
Contra el acto de elección de Representante  
a la cámara por el departamento de Sucre/  
MOVIMIENTO POLÍTICO - No obtuvo la votación  
suficiente para conservar la personería jurídica/  
PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD ELECTORAL -  
La personería jurídica de las organizaciones  
políticas no puede considerarse como una  
calidad o requisito de los candidatos ni  
como presupuesto de elegibilidad/PARTIDO  
O MOVIMIENTO POLÍTICO - 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: Constitución Política - artículo 108/  
Constitución Política - artículo 177/Ley Constitución Política - artículo 108

**DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Noción/CIUDADANO - Concepto/PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO**  
**- Concepto de miembro e integrante o militante/PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO**  
**- 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 estos 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 estos, 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 este, 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 solo 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 Relatoría: Sentencia C- 342 de 2006. Corte Constitucional.

**DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - 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 Relatoría: 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 CÁMARA - Inhabilidad por doble militancia política/INHABILIDAD POR DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - 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 8 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 causal 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  
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00023-00

Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros

Demandado: Representante Cámara 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 Gómez<sup>1</sup>

#### 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 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

<sup>1</sup> 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.

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 CPACA”.

#### 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 2014<sup>2</sup>, 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

<sup>2</sup> C. 1º fls. 113 a 124.

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 2014<sup>3</sup> y fue admitida con auto de 25 de abril de 2014<sup>4</sup>. Con auto de 9 de junio de 2014 se ordenó mantener el expediente en secretaría mientras llegaba la oportunidad procesal para decidir sobre la acumulación<sup>5</sup>. 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 pretensiones<sup>6</sup>. Por auto de 25 de junio siguiente se envió el proceso a secretaría en espera de la acumulación<sup>7</sup>.

A través del auto de 30 de octubre de 2014<sup>8</sup> 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 siguiente<sup>9</sup>. Con auto de 9 de diciembre del mismo año se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial<sup>10</sup>, cuya práctica tuvo lugar el 18 de diciembre de 2014<sup>11</sup>, 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 2015<sup>12</sup> 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 2015<sup>13</sup>, en la que se obtuvo

copia íntegra del mencionado expediente administrativo<sup>14</sup>. Con auto de 13 de marzo del corriente año<sup>15</sup> 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 iudice*, 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*"<sup>16</sup>.

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 Sixto Manuel García Mejía<sup>17</sup>

<sup>14</sup> C.2º fls. 3 a 113.

<sup>15</sup> C. 1º fl. 401.

<sup>16</sup> C. 1º fl. 417

<sup>17</sup> Con la demanda se impugnó la elección de los señores Yahir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara como Representantes

<sup>3</sup> C. 1º fls. 1 a 16.

<sup>4</sup> C. 1º fls. 66 a 69.

<sup>5</sup> C. 1º fl. 163.

<sup>6</sup> C. 1º fls. 174 a 176.

<sup>7</sup> C. 1º fl. 193.

<sup>8</sup> C. 1º fls. 207 a 211.

<sup>9</sup> C. 1º fl. 226.

<sup>10</sup> C. 1º fl. 228.

<sup>11</sup> C. 1º fls. 241 a 261.

<sup>12</sup> C. 1º fl. 385.

<sup>13</sup> C.2º fls. 1 y 2.

## 1. Pretensiones<sup>18</sup>

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.

## 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.

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 (fs. 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.

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 2014<sup>19</sup>, 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 2012<sup>20</sup>. 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.

19 C. 1º fs. 387 a 397.

20 C. 1º fs. 433 a 451.

## 5. Trámite

La demanda se radicó el 25 de abril de 2014<sup>21</sup> y se inadmitió con auto de 29 de los mismos<sup>22</sup>. Una vez se recibió el escrito de subsanación<sup>23</sup> 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 acusado<sup>24</sup>. 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 pretensiones<sup>25</sup>. El 17 de julio siguiente se dictó auto por medio del cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto enjuiciado<sup>26</sup>. Por medio del auto de 5 de septiembre se envió el proceso a secretaría para su eventual acumulación<sup>27</sup>; 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 el orden de esperar la acumulación de los procesos<sup>28</sup>.

### III. Expediente No. 110010328000201400036-00 de Fulgencio Pérez Díaz

#### 1. Pretensiones<sup>29</sup>

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 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 Colombia*".

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.

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).

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.

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 2014<sup>30</sup>, propuso la excepción de "*Falta de*

30 C. 1º fls. 195 a 205.

*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 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 Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación 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 Personería, 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 formal<sup>31</sup>. Superadas las inconsistencias se dictó el auto de 27 de mayo siguiente que admitió la demanda y ordenó las notificaciones correspondientes<sup>32</sup>. 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 acumulación<sup>33</sup>. Con auto de 1º de agosto<sup>34</sup> 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. Pretensiones<sup>35</sup>

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,

31 C. 1º fls. 130 a 132.

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).

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, 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 [C. P.]*”.

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 Yáhir Fernando Acuña Cardales, asistido por profesional del derecho, contestó la demanda con documento presentado el 17 de junio de 2014<sup>36</sup>, 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 solo 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.

<sup>36</sup> C. 1º fs. 198 a 212.

De otra parte, la RNEC se pronunció sobre la demanda con escrito radicado por su apoderado el 18 de junio de 2014<sup>37</sup>, 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 formal<sup>38</sup>. Después de haber sido corregidas las pretensiones la admisión se decretó con auto signado el 22 de mayo del mismo año, en el que se ordenaron las notificaciones del caso<sup>39</sup>. 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 Santos<sup>40</sup>

### 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 Electoral<sup>41</sup>.

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.

37 C. 1º fs. 265 a 273.

38 C. 1º fs. 131 a 138.

39 C. 1º fs. 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 fs. 137 y 138), por el apoderado judicial del demandante.

## 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 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 2014<sup>42</sup>, 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 2014<sup>43</sup>, 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 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 formales<sup>44</sup>. Una vez subsanada la misma se admitió con auto de 27 del mismo mes y año, con el que se ordenaron las notificaciones correspondientes<sup>45</sup>. Con auto de 14 de julio siguiente se dispuso excluir del proceso a la demandada Candelaria Patricia Rojas Vergara, por presentarse indebida acumulación de pretensiones<sup>46</sup>. Después se dictó el auto de 25 de julio que ordenó remitir el proceso a secretaria para su ulterior acumulación<sup>47</sup>. El 6 de agosto se profirió auto que reconoció personería y aceptó la renuncia a ciertos apoderados, además de devolver el proceso a secretaria 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 periodo 2010-2014 fue elegido Representante a la Cámara por el movimiento Afrovides en la circunscripción especial de Afrodescendientes, en tanto que para el periodo 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 2014<sup>48</sup>, 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 2014<sup>49</sup>, 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 2014<sup>50</sup>. Después de subsanada la demanda se admitió con auto calendarado el 17 de julio siguiente<sup>51</sup>, 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

42 C. 1º fls. 173 a 181.

43 C. 1º fls. 192 a 212.

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.

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.

admitió la demanda, se profirió el auto de 20 de octubre de 2014 que decidió enviar el proceso a secretaría para su posible acumulación<sup>52</sup>.

## 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*".

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 de 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 solo 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

52 C. 1º fs. 326 a 328.

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 2014<sup>53</sup>, 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 formales<sup>54</sup>. 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 correspondientes<sup>55</sup>. 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 acumulación<sup>56</sup>.

## II. AUDIENCIA INICIAL

Esta diligencia se cumplió el 18 de diciembre de 2014<sup>57</sup> 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

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.

53 C. 1º fls. 216 a 235.

a la Cámara, al punto de configurar la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA?

¿Incorre en doble militancia un congresista electo por la circunscripción especial de afrodescendientes Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - Afrovotes, que sin renunciar a su condición, se inscribe y sale electo [por] el movimiento Cien por Ciento por Colombia?<sup>58</sup>

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 CONCLUSIÓN

El apoderado judicial del señor Yahir Fernando Acuña, con documento presentado el 29 de enero de 2015<sup>59</sup>, 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 *ibidem*.

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 Afrovotes.

El Procurador 7° delegado ante el Consejo de Estado, con documento presentado el 5 de febrero de 2015<sup>60</sup>, 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 Afrovotes 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. 110010328000201400036-00 y 110010328000201400037-00, presentó los alegatos de conclusión con memorial allegado el 5 de febrero de 2015<sup>61</sup>, 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 2015<sup>62</sup>, 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 (Afrovotes), 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 Santos<sup>63</sup> y por la RNEC<sup>64</sup> 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 síntesis<sup>65</sup>.

## 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

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.

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.

59 Exp. 201400023 C. 1° fls. 285 a 334.

60 Exp. 201400023 C. 1° fls. 335 a 338.

Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), la fija el artículo 149 numeral 3º 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.

## 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 2014-2018<sup>66</sup>.

## 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 Caraballo<sup>67</sup>. 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 anterior<sup>68</sup>.

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)<sup>69</sup>.

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”<sup>70</sup>.

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 Político (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 Político (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 Político (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.”<sup>71</sup>*

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 2014<sup>72</sup>.

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:

*“Artículo primero. Inscríbese en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras denominada Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación 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 Terán Campo, identificado...”<sup>73</sup>*

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 Ética 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 García Mejía	.....
Vicepresidente	Evelin del Toro Cardales	.....
Secretario General	Osnardy Isabel Acuña	.....
Tesorero	Pedro Terán 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 periodo constitucional 2.010 - 2.014, avalada e inscrita por la asociación (sic) de Afrocolombianos para la vivienda, deporte, educación (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. (...)"<sup>74</sup>.*

9.- Copia de la Resolución 0316 de 3 de mayo de 2011, dictada por el CNE, a través de la cual se dispuso:

*"Artículo primero. Registrar el cambio de nombre del Movimiento Político Afrovides La esperanza de un pueblo. En consecuencia, en adelante se denominará Movimiento Político Afrovides, de conformidad con lo expresado en la motivación que antecede.*

*Artículo segundo. Inscribir como miembros de la Junta Directiva del Movimiento Político Afrovides, a los siguientes ciudadanos: Jesús María Vertel Díaz, ... como Secretario General y al señor Osnar Carlos Acuña Cardales..., como Vocal. (...)"<sup>75</sup>.*

10.- Copia de la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013, dictada por el CNE, por medio de la cual se dispuso:

*"Artículo 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.*

*Artículo segundo. Registrar al señor Jair (sic) Fernando Acuña Cardales..., como Vicepresidente del Movimiento Político.*

*Artículo tercero. Registrar a la señora Leonarda Cardales Correa..., como Tesorera del Movimiento Político.*

*Artículo cuarto. Registrar al señor julio Cancio Banquez como veedor del Movimiento Político.*

*Artículo quinto. Registrar el nuevo nombre y dirección del Movimiento Político, así: Nombre del Movimiento Político: Movimiento Político Cien por ciento por Colombia. (...)"<sup>76</sup>.*

11. Copia del Acta No. 003 de 30 de octubre de 2009<sup>77</sup> 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 2010<sup>78</sup> 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 2010<sup>79</sup> 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 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.

<sup>76</sup> Exp. 201400024 C. 1º fls. 285 a 292.

<sup>77</sup> C. 2º fls. 25 a 27.

<sup>78</sup> C. 2º fls. 28 a 31.

<sup>79</sup> C. 2º fls. 94 y 95.

<sup>74</sup> Exp. 201400024 fls. 256 a 262.

<sup>75</sup> Exp. 201400024 C. 1º fls. 263 a 267.

14. Copia del oficio de 24 de febrero de 2010<sup>80</sup> 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"<sup>81</sup>.

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.<sup>82</sup>

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<sup>83</sup>.

18. Copia del acta de constitución del movimiento político a Afrovides La esperanza de un pueblo<sup>84</sup>, así como de sus estatutos<sup>85</sup>, plataforma política<sup>86</sup> y código de ética<sup>87</sup>.

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.<sup>88</sup>

#### 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 CPACA?

¿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?<sup>89</sup>.”

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.

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

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.

pierde “no tiene derecho a las curules que se pueden originar de su votación...”, como quiera que sus candidatos quedan incursos 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 ‘*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*’<sup>90, 91</sup>

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.

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

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.

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 esta 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...”*<sup>92</sup>. 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”*<sup>93</sup>. 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:

*“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,*

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.

*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".<sup>94</sup>*

Ahora, a la luz del principio de la capacidad electoral<sup>95</sup>, 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 (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.

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 CPACA<sup>96</sup>.

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 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

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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. (...)"

<sup>96</sup> 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.

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”*<sup>97</sup>.

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 estos 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 estos, 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 este, 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 solo 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<sup>98</sup> 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)

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)

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.

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: "Quiénes 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)".<sup>99</sup>

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 cociente 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.

Solo 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 periodo 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, periodo 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.

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.

<sup>99</sup> 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.

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 desprendería 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 Tolu (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"	Que una vez obtenida la curul en el Congreso, los miembros de la asociación de base llamada "Afrovides" decidieron "fundar un movimiento político denominado Afrovides - La esperanza de un pueblo". En efecto, a folio 447 se lee: "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) Esto significa que se creó un nuevo movimiento político autodenominado "Afrovides - La esperanza de un pueblo" con ocasión de la importante victoria electoral.
Folio 445 del Expediente 2014-23	4 de agosto de 2010	Solicitud de reconocimiento de personería	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". 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.
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".	Que el órgano directivo del movimiento político decidió modificar su nombre, en razón a que frase la "esperanza de un pueblo" estaba siendo utilizada como lema de otras organizaciones lo cual, a su juicio, podría generar confusión. La variación en el nombre eliminó la frase "La esperanza de un pueblo", razón por la cual el movimiento político recientemente constituido únicamente pasó a identificarse con las siglas "Afrovides".
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 "Afrovides - La esperanza de un pueblo" a simplemente utilizar la sigla "Afrovides".
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 "Afrovides" a "Cien por Ciento por Colombia". 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 "Afrovides" por el de "Cien por Ciento por Colombia".
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 "Afrovides" (antes Afrovides - La esperanza de un pueblo) cambió su nombre al de Movimiento político "Ciento por Ciento por Colombia".
46 del expediente 2014-23	9 de diciembre de 2013	Aval a candidatos "Ciento por Ciento por Colombia".	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.
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 "Ciento por Ciento por Colombia," 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 Yáhir 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 Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Con Aclaración de Voto

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Con Aclaración de Voto

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Gabriel de Vega Pinzón**

Conjuez

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -  
Contra el acto de elección de Representante  
a la cámara por el departamento de Sucre/  
MOVIMIENTO POLÍTICO - 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 POLÍTICO - La pérdida de la  
personería jurídica no le impide conquistar  
cargos o corporaciones públicas de elección  
popular**

Las demandas interpuestas por Melquiades Atencia Gómez (201400068), Sixto Manuel García Mejía (201400067) y Eduardo Enrique Pérez Santos (201400086), ponen en tela de juicio la legalidad presunta de la elección de la señora Candelaria Patricia Rojas Vergara 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...”, comoquiera que sus candidatos quedan incursos en la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5º del CPACA por falta de “las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad...”. 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 (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. 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, y por lo tanto, es claro que la pérdida de personería jurídica del partido político Cien por Ciento por Colombia, por no alcanzar la votación mínima requerida, no vicia de nulidad la elección de la demandada. Así las cosas, a los cuestionamientos planteados en la audiencia inicial la Sala responde que: i) la validez de la elección a una Corporación Pública de elección popular no 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 y ii) La pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político, por no haber alcanzado durante la jornada electoral el umbral requerido para conservarla, de ninguna manera afecta las calidades o requisitos con las que debe contar un aspirante para ser electo como Congresista. Conclusión. Conforme a los argumentos expuestos a la largo de esta providencia, la Sala Electoral del Consejo de Estado concluye que las pretensiones de la demanda deberán negarse debido a 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. 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.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00068-00

Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las demandas

#### 1.1. Proceso No. 2014-0043

##### 1.1.1. Pretensiones

La Procuraduría General de la Nación solicitó:

*"Primera. Se declare la nulidad parcial del acto de declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral territorial del departamento de Sucre, para el periodo constitucional 2014-2018, proferido por la Comisión Escrutadora General del Departamento de Sucre el día 16 de marzo de 2014 y notificado en audiencia pública llevada a cabo en la misma fecha, contenido en el Acta General de Escrutinio y Formulario E-26 CA, donde consta que la audiencia concluyó con la declaratoria de elección de los Representantes a la Cámara para el periodo constitucional 2014-2018, por la circunscripción electoral territorial del departamento de Sucre y la consecuente entrega de credenciales a los parlamentarios electos, además que la notificación se hizo en estrados en la referida audiencia pública y que igualmente contienen el resultado del escrutinio para la elección de Cámara de Representantes para el periodo constitucional 2014-2018, por la circunscripción electoral territorial del departamento de Sucre.*

*Dicha declaratoria se solicita únicamente en lo que tiene que ver con la elección de la ciudadana CANDELARIA PATRICIA ROJAS VERGARA, identificada con la cédula de ciudadanía 64.478.999, quien se inscribió y resultó elegida por el MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR Colombia.*

*Segunda. Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión de nulidad y de conformidad con lo establecido en el artículo 288 de la ley 1437 de 2011, ordéñese la cancelación de la credencial expedida a la ciudadana CANDELARIA PATRICIA ROJAS VERGARA, identificada con la cédula de ciudadanía 64.478.999.*

*TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y de resultar procedente dicha anulación, se excluya igualmente para ser llamados*

*los integrantes de la lista inscrita por el MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA para la circunscripción ordinaria del Departamento de Sucre" (Mayúsculas en original).*

#### 1.1.2. Hechos y argumentos

La Procuraduría General de la Nación menciona que al Movimiento Político Afrovides, que cambió de nombre en período de inscripciones para listas a Cámara de Representantes por "Cien por ciento por Colombia", se le permitió participar para la misma Corporación en el debate electoral con dos nombres distintos y por dos circunscripciones distintas, que coincidían territorialmente.

Adujo que de conformidad con los artículos 107 y 108 de la Constitución Política y con las sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, las agrupaciones políticas que gozan de personería jurídica por el régimen especial deben participar solo por dichas circunscripciones y quienes la obtienen por el régimen ordinario, solo pueden participar por las territoriales, pues permitirse la participación por las dos circunscripciones viola directamente el sistema de listas únicas consagrado en el artículo 263 Constitucional.

Concluyó que toda esta situación era conocida por la demandada al momento de ser inscrita por el Movimiento Político Cien por ciento por Colombia, lo que la hace incurso en la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, porque no era procedente su inscripción para ser elegida Representante a la Cámara por ese movimiento pues este 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".

#### 1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

A juicio del demandante, el acto de elección enjuiciado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

Según el criterio de la parte actora, los movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos del régimen electoral ordinario no pueden inscribir listas y candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnica; como tampoco los partidos y movimientos políticos y organizaciones sociales de las minorías étnicas pueden inscribir listas y candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones del régimen electoral ordinario, con la intención de eludir las reglas de elección que se aplican en cada uno de estos regímenes.

Por lo anterior, argumentó que no era procedente la inscripción de la demandada como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre por el movimiento político Cien Por Ciento Por Colombia, toda vez que dicho movimiento tiene personería jurídica bajo el régimen excepcional previsto para

las minorías étnicas en lo que compete a la circunscripción electoral especial de las comunidades Afrodescendientes.

#### 1.1.4. Las contestaciones

La **Registraduría Nacional del Estado Civil**, mediante apoderado, solicitó ser desvinculada del presente trámite ya que manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*.

La demandada, mediante apoderado judicial, puso de presente el concepto rendido por el Consejo Nacional Electoral, Radicado No. 10216-12 de 23 de mayo de 2012, el que, a pesar de referirse a las comunidades indígenas, a su juicio, también se aplica para las comunidades negras.

Argumentó que en dicho concepto se estableció que a partir de la expedición de la Ley 1475 de 2011 los partidos y movimientos políticos con personería jurídica otorgada por el CNE no pueden inscribir candidatos para las circunscripciones indígenas ni de Senado, ni de Cámara de Representantes.

Afirmó que la anterior conclusión vincula a todos los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, lo que impone que para aspirar por circunscripciones indígenas y afrodescendientes se deba recurrir a grupos significativos de ciudadanos, movimientos sociales o cualquier organización de carácter político sin personería jurídica.

Agregó que el concepto con Radicado No. 001046-13 del 7 de mayo de 2013, emitido también por el CNE, indicó que el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 dispone que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida por el CNE, no pueden inscribir candidatos por las circunscripciones especiales indígenas para la elección tanto de Senado como a Cámara de Representantes.

Finalmente, relacionó el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, expediente No. 2013-00051, en el que se indicó que los partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y minorías, 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.

### 1.2. Proceso No. 2014-0067

#### 1.2.1. Pretensiones

El señor Sixto Manuel García Mejía solicitó:

*"1- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo del escrutinio general de fecha 16 de marzo de 2014, contenido en el formulario E-26,*

*emanado de la Comisión Escrutadora del Consejo Nacional Electoral del Departamento de Sucre, donde se declara la elección de los ciudadanos Yabir Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, como Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Sucre, por el movimiento político Cien por Ciento por Colombia, para el periodo constitucional 2014-2018, y, ordenó expedir las respectivas credenciales, razón a que no les asiste el derecho para optar, ni asumir las curules que este partido político obtuvo en las elecciones del 9 de marzo de 2014, dado que pertenecen, hacen parte y son militantes de la Asociación de Afrocolombianos para la vivienda, deporte, educación y salud "Afrovides" de circunscripción de comunidades especiales afro-descendientes, curules estas que son de Cámara de circunscripción nacional.*

*2- Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene la cancelación de las credenciales de los ciudadanos Yabir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, como Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial - Sucre del Departamento de Sucre, para el periodo legislativo y constitucional 2014-2018, y se excluya del escrutinio general los votos depositados a favor del movimiento político Cien por Ciento por Colombia, y se ordene un nuevo escrutinio aplicando para ello el sistema de umbral, cifra repartidora entre los partidos y movimientos políticos que participaron en la elección del 9 de marzo de 2014, legalmente inscritos en la circunscripción territorial - Sucre".*

#### 1.2.2. Hechos y argumentos

El ciudadano Sixto Manuel García Mejía, actuando por intermedio de apoderado judicial, y quien fuera inscrito por Afrovides para la circunscripción especial de minorías étnicas para las elecciones del 9 de marzo de 2014, considera que la elección de la demandada es ilegal por cuanto fue inscrita por el Movimiento Político *Cien por ciento por Colombia*, que era el mismo Afrovides, teniendo en cuenta que este último movimiento también inscribió lista por las minorías étnicas.

Adujo el demandante que esa situación hizo incurrir la elección de la demandada elegida, en la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

Adicionalmente, el accionante considera que artículo 263 Superior prohíbe la inscripción de listas en un número superior al de las curules a proveer por la respectiva circunscripción, circunstancia que se desconoce en el *sub judice* por cuanto la lista en la cual se encontraba inscrita la

1 Pretensiones tomadas de la corrección de la demanda. Folio 120 del expediente 2014-0067.

demandada tenía 4 nombres aun cuando eran solo dos las curules a proveer.

### 1.2.3. Normas violadas y concepto de violación

Para el accionante, *"Si se observa el tarjetón electoral de cámara de representantes por el Departamento de Sucre, se observa que en la parte inferior 'partidos y movimientos por la circunscripción especial' aparece el movimiento Afrovides y en la parte superior del Tarjetón 'partidos por la circunscripción a cámara departamental' aparece el movimiento Cien por Ciento por Colombia, lo cual es ilegal, porque se están inscribiendo el mismo partido por dos circunscripciones diferentes con dos nombres diferentes, cuando lo cierto y de acuerdo con las palabras literales del Consejo Nacional Electoral "Afrovides y CIEN POR CIENTO SON LO MISMO" por lo cual hay un error en la observancia y aplicación de las normas legales y constitucionales, porque es un solo movimiento entonces debía aparecer en el mismo tarjetón con el mismo nombre, tanto en la circunscripción especial como en la ordinaria, y como quiera que Afrovides, se inscribió de primero y es circunscripción especial nacional, deberá revocarse la inscripción de CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA, haciendo la aclaración que es el mismo partido.*

(...)

*En consideración a todo lo anterior, el movimiento político Cien Por Ciento Por Colombia, quien adquirió su personería por haber adquirido una curul por la circunscripción especial, inscribió su lista para aspirante a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre, con el aval expedido por ese partido, lo cual es ilegal e inconstitucional, por cuanto, los partidos que adquirieron su personería Jurídica por circunscripción especial no podían expedir avalués para candidatos de su colectividad con aspiraciones al congreso de la República, pues, no se encuentra regulado ningún mecanismo o trámite que permita o posibilite la escogencias de sus candidatos e inscripción de esas candidaturas, aceptar lo contrario es prevaricar" (Mayúsculas en original).*

### 1.2.4. Las contestaciones

La **Registraduría Nacional del Estado Civil**, mediante apoderada, solicitó ser desvinculada del presente trámite ya que manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*.

La demandada, mediante apoderado judicial, puso de presente que Afrovides, agrupación sin personería

jurídica, hizo uso del artículo 108 de la Constitución y fundó el Movimiento Político con personería jurídica *"Afrovides - La esperanza de un pueblo"*, es decir, la organización de base que antes se denominaba Afrovides se convirtió en movimiento político.

Argumentó que posteriormente, como consecuencia de las continuas renunciaciones que se presentaron y debido a la petición de uno de sus miembros, se decidió un nuevo cambio de nombre: *Cien por ciento por Colombia*.

Aseguró que *"los entes son un solo cuerpo"*, que responden al último de los nombres, tal como se puede verificar en la Resolución No. 3203 del 14 de noviembre de 2013 proferida por el Consejo Nacional Electoral, por lo tanto, no se evidencia la *"pregonada traición a un electorado"*.

Finalmente, relacionó el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013, expediente No. 2013-00051, en el que se indicó que los partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y minorías, 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.

## 1.3. Proceso No. 2014-0068

### 1.3.1. Pretensiones

El señor Melquiades Atencia Gómez solicitó:

*"Primera: Que se declare la nulidad del acto de la declaratoria de elección por voto popular dictada por los Delegados del consejo Nacional Electoral que declara electos como Representantes a la Cámara por la Circunscripción Territorial del Departamento de Sucre (FORMULARIO E-26 CA) periodo constitucional 2014-2018 de los señores Yabir Fernado Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, mayores de edad y vecinos de Sincelejo y San Pedro - Sucre respectivamente, ambos avalados por el Movimiento Político Cien Por Ciento Por Colombia, lista inscrita el día 9 de Diciembre de 2013 a las 14 horas 42 minutos p. m. ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con opción de voto no preferente (Formulario E-6 CT) que obtuvo dos curules, ya que los votos emitidos en la elección de estos dos candidatos, se computaron, eligiéndolos sin reunir las calidades constitucionales y legales de elegibilidad, por no cumplir este movimiento político el requisito sine qua non constitucional exigido, de obtener el mínimo del 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado como lo establece el Art. 108 de la Constitución*

Política de Colombia, así mismo, junto con el acto que declara la elección, se declare igualmente la nulidad de la Resolución No. 13 de marzo 15 de 2014 expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral -Comisión Escrutadora Departamental de Sucre- que resuelve sobre las reclamaciones hechas a dichos Delegados quienes mantuvieron de manera abiertamente ilegal una rebeldía al resolver inibirse de decidir sobre las solicitudes planteadas declarando cumplido el requisito de procedibilidad dispuesto en el parágrafo del Art. 237 de la Constitución Política de Colombia, haciendo su decisión de única instancia y expresando que contra dicha resolución no procedían recursos.

**Segunda.** Que como consecuencia de la sentencia de anulación que declara la nulidad del acto de elección se disponga la cancelación de las respectivas credenciales de los señores **YAHIR FERNADO ACUÑA CARDALES Y CANDELARIA PATRICIA ROJAS VERGARA**, mayores de edad y vecinos de Sincelejo y San Pedro -Sucre respectivamente, ambos avalados por el Movimiento Político Cien Por Ciento Por Colombia, lista con opción de voto no preferente que obtuvo dos curules, ya que los votos emitidos en la elección de estos dos candidatos se computaron, eligiéndolos sin reunir las calidades constitucionales y legales de elegibilidad, por no cumplir este Movimiento Político el requisito sine qua non constitucional exigido, de obtener el mínimo del 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado como lo establece el art. 108 de la Constitución Política de Colombia.

**Tercera.** Que se declare igualmente que al Movimiento Político Cien Por Ciento Por Colombia que avaló las candidaturas para Representantes a la Cámara por la Circunscripción Territorial del departamento de Sucre de los señores **Yahir Fernando Acuña Cardales Y Candelaria Patricia Rojas Vergara**, no se le puede asignar curules en el escrutinio de Cámara de Representantes por la Circunscripción Territorial del Departamento de Sucre periodo Constitucional 2014-2018, por no haber obtenido este Movimiento Político el mínimo del tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes realizadas el 9 de marzo de 2014.

**Cuarta.** Declarar la elección y se asignen dichas Curules, con el resultado de los votos válidos obtenidos para los Partidos Políticos y Movimientos Políticos que del escrutinio general de Cámara de Representantes para el Departamento de Sucre -Formulario E-26- en las elecciones del 9 de Marzo de 2014 se le asignen a quienes finalmente resultaron elegidos, en su orden los señores **Andrés Eduardo Gómez Martínez**

mayor de edad y vecino de Sincelejo, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.534.429 expedida en Sincelejo y **Melquiades Atencia Gómez** mayor de edad y vecino de Santiago de Tolú, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.225.883 expedida en Tolú, ambos inscritos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Territorial por el Departamento de Sucre por el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U - (Formulario E-6 CT modificado por el Formulario E-7 CT) de la Registraduría Nacional del Estado Civil con opción de voto preferente, identificados en su orden en el tarjetón con los números 103 y 102 respectivamente, quienes a la postre fueron electos por cuanto este partido de acuerdo al cuociente electoral obtuvo el Umbral".

### 1.3.2. Hechos y argumentos

El ciudadano Melquiades Atencia Gómez mencionó como hechos relevantes que el Movimiento Político *Cien por ciento por Colombia* por el cual resultó electa la demandada, no obtuvo en las elecciones del 9 de marzo de 2014 el 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional por Cámara de Representantes de Sucre, lo que en su criterio trajo como consecuencia que perdiera la personería jurídica *ipso facto*.

A su juicio, lo anterior constituye una imposibilidad para que la demandada se hubiese inscrito, la cual queda entonces incurso en la causal de nulidad de que trata el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, según el cual, la elección será nula cuando "Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad".

### 1.3.3. Normas violadas y concepto de violación

La demanda se fundamenta en un único cargo, esto es, el incumplimiento de los requisitos para ser elegidos, debido a que el partido político por el cual se inscribió la demandada, esto es, *Cien Por Ciento Por Colombia*, obtuvo únicamente 131.298 votos en el departamento de Sucre, y en consecuencia no superó el umbral fijado en el artículo 108 de la Constitución Política del 3% de los votos emitidos válidamente para el territorio nacional, que para el caso de la Cámara de Representantes, significaba que, a su juicio, se debían recibir como mínimo 351.478 votos.

En este orden de ideas, comoquiera que el partido político no cumplió con el requisito constitucional mencionado, el demandante considera que la accionada no cumplió con los requisitos para ser Representante a la Cámara y en consecuencia debe declararse la nulidad de su elección con fundamento en la causal establecida en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA.

### 1.3.4. La contestación

La demandada, mediante apoderado judicial, indicó que no es condición para la asignación de curules

el que se haya obtenido el 3% de los votos emitidos válidamente en todo el territorio nacional, toda vez que se está frente a una circunscripción nacional, por lo tanto, lo que cuentan son los votos emitidos válidamente. Para el caso del departamento de Sucre, efectivamente se superó el umbral del 50% del cociente electoral, lo que determinó las curules por la cifra repartidora y en ese sentido, se le asignó una curul a la demandada.

Afirmó que la Corte Constitucional en sentencia C-089 del 3 de marzo de 1994 indicó que no es la personería jurídica la que le permite la existencia al partido o movimiento político, por lo que independientemente de la conservación o no de la misma, para el caso de la Cámara de Representantes, se debe superar el umbral territorial correspondiente al 50% del cociente electoral, lo que determinará el número de curules por la cifra repartidora.

De conformidad con lo anterior, argumentó que la personería del movimiento *Cien Por Ciento Por Colombia* debe ser conservada, tal como se estableció en el formulario E-26 CA del 16 de marzo de 2014.

Finalmente, relacionó el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013, expediente No. 2013-00051, en el que se indicó que los partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y minorías, 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.

#### 1.4. Proceso No. 2014-0086

##### 1.4.1. Pretensiones

El señor Eduardo Enrique Pérez Santos solicitó:

*"Primera. Se declare la nulidad del acto de declaratoria de elección hecha por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que declaró electos como Representantes a la Cámara por la Circunscripción Territorial del Departamento de Sucre (Formulario E-26 CA) periodo constitucional 2014-2018 a los señores Yabir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, mayores de edad; vecino el primero de Sincelajo y de San Pedro - Sucre la segunda, ambos inscritos por aval del Movimiento Político Cien por ciento por Colombia, por haberse declarado la elección, en manifiesta transgresión de nuestra carta Constitucional, normas electorales y del CPACA, que adelante se explican.*

*Segunda. Que en consecuencia se declare la cancelación de las credenciales como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre por los demandados: Yabir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, por no haber obtenido el Partido Cien Por Ciento Por Colombia, por el que fueron inscritos, el mínimo del 3% de los votos emitidos válidamente en el Territorio Nacional en las elecciones de Cámara de representantes o Senado, en los comicios electorales de congreso, del 9 de marzo de la presente anualidad, que establece el art. 108 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 1 del 2003, art. 2º, modificado por el Acto Legislativo 1 del 2009, art. 2º.*

*Tercera. Que se excluyan así mismo del Escrutinio General, las Actas parciales de escrutinio; Formularios E-14 de las Comisiones Escrutadoras Municipales de los municipios de: Sincelajo, Corozal, Morroa, Los Palmitos, San Juan de Betulia, Ovejas, Chalán, Sincé, El Roble, Galeras, Colosó, Toluwejo, Tolí, Coveñas, San Onofre, San Antonio de Palmito, La Unión, Caimito, San Benito Abad, San Marcos, Guaranda, Sucre-Sucre, Majagual, Buenavista, San Pedro y Sampués. Por el incumplimiento exigido, de no haber obtenido este Partido Político el 3% de los votos emitidos válidamente en el Territorio Nacional en las elecciones de Cámara de representantes, como lo establece el art. 108 de nuestra carta Política.*

*Cuarta. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 13 de marzo 15 de 2014 expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral -Comisión escrutadora Departamental de Sucre- quienes resolvieron inhibirse de decidir las reclamaciones presentadas en contra de la elección de los demandados; resolvieron insólitamente, que este acto no tenía recurso de apelación. Declararon cumplido el requisito de procedibilidad del Artículo 237 de la Constitución política, adicionado por el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009 (con la corrección del artículo 1 del decreto 3259 de 2009), para poder acceder a la jurisdicción Contenciosa en materia electoral.*

*Quinta. Se declare así mismo la nulidad de la Resolución N° 1319 de Marzo 28 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, por el que se denegó el recurso de queja presentado en contra de la Resolución N° 13 de Marzo 15 de 2014, expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral -Comisión Escrutadora Departamental de Sucre-, aduciendo asombrosamente el Consejo, ser incompetente, porque sus delegados ya habían hecho declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción Territorial del Departamento de Sucre.*

2 Pretensión tomada de la corrección de la demanda. Folio 137 Exp. 2014-00087

*Sexta. Que se practique el escrutinio y se asignen las curules con el resultado de los restantes votos válidos consignados para los partidos y movimientos políticos y votos en blanco marcados en los tarjetones electorales, que aparecen consignados en las actas parciales de escrutinio practicadas por las Comisiones Escrutadoras Municipales, que cumplieron en la obtención del mínimo 3% de los votos emitidos válidamente en el Territorio Nacional en las elecciones de Cámara de representantes o Senado, realizadas el 9 de marzo de la presente anualidad.*

*Se ordenará elegido como Representante a la Cámara a mi poderdante Eduardo Enrique Pérez Santos, candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre, por el partido Opción Ciudadana Nº 101 del tarjetón, periodo constitucional 2014-2018, por haber cumplido su partido político con la exigencia de umbral territorial, y con el mínimo 3% de los votos emitidos válidamente en el Territorio Nacional en las elecciones de Cámara de representantes o Senado, realizadas el 9 de marzo de la presente anualidad”.*

#### 1.4.2. Hechos y argumentos

El ciudadano Eduardo Enrique Pérez Santos, actuando por intermedio de apoderado judicial, adujo como hechos relevantes que el Movimiento Político *Cien Por Ciento Por Colombia* por el cual resultó electa la demandada, no obtuvo en las elecciones del 9 de marzo de 2014 el 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional para Cámara de Representantes, y no inscribió candidatas a Senado.

Argumentó que como consecuencia, debe concluirse que ese movimiento perdió *ipso facto* la personería jurídica y por tanto no se le pueden otorgar curules, ya que la elegida quedó incursa en la causal de anulación electoral tipificada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

#### 1.4.3. Normas violadas y concepto de violación

La demanda se fundamenta en un único cargo, esto es, el incumplimiento de los requisitos para ser elegidos, debido a que el partido político por el cual se inscribió la demandada: *Cien Por Ciento Por Colombia*, obtuvo únicamente 131.298 votos en el departamento de Sucre, y en consecuencia no superó el umbral fijado en el artículo 108 de la Constitución Política, del 3% de los votos emitidos válidamente para el territorio nacional, que para el caso de la Cámara de Representantes, significaba que, a su juicio, se debían recibir como mínimo 351.478 votos.

En este orden de ideas, comoquiera que el partido político no cumplió con el requisito constitucional mencionado, el demandante considera que la accionada no cumplió con los requisitos para ser Representante a la Cámara y en consecuencia

debe declararse la nulidad de su elección con fundamento en la causal establecida en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

#### 1.4.4. Las contestaciones

La Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante apoderada, solicitó ser desvinculada del presente trámite ya que manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

La demandada, mediante apoderado judicial, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda con Radicado No. 2014-0068, toda vez que, a su juicio, ambas demandas son casi exactas en cuanto a hechos y normas vulneradas.

## 2. Audiencia inicial

El 1º de diciembre de 2014, se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de “falta de legitimación en la causa por pasiva” formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en los expedientes No. 2014-43, 2014-67 y 2014-86.

En efecto, se estableció que en auto de 6 de noviembre de 2014, en el marco de un recurso de súplica formulado dentro del expediente con Radicado No. 2014-00065, se decidió que la vinculación a la Registraduría General de la Nación debería ordenarse siempre y cuando el defecto alegado tuviese conexidad con la actuación de dicha entidad.

Así pues, el Despacho en respeto a la posición mayoritaria de la Sala ordenó la desvinculación de la Registraduría, toda vez que, en estricto sentido, no se evidenció que la actuación surtida por la Registraduría General de la Nación tuviera incidencia en la legalidad del acto acusado.

Finalmente, 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.

## 3. Alegatos de conclusión

El señor Melquiades Atencia Gómez reiteró lo expuesto en la demanda. Adicionalmente indicó que con la obtención de dos curules por parte del movimiento político que pasó de ser Afrovides a *Cien Por Ciento Por Colombia*, con una misma personería jurídica, se presentó una intromisión ilegal en la circunscripción especial del Congreso de la República, la cual no puede llevar la representación ni la vocería de un sector de la población diferente al de los Afrodescendientes.

El ciudadano Sixto Manuel García Mejía insistió en los argumentos planteados en la demanda. Asimismo, adujo que el movimiento político *Cien Por Ciento Por Colombia* y Afrovides

son dos organizaciones totalmente diferentes, para demostrar esta situación esbozó un cuadro en el que, a su juicio, se evidencian las diferencias entre dichos movimientos.

Por otra parte, afirmó que ambos movimientos inscribieron independientemente, listas de candidatos para participar en las elecciones que se llevaron a cabo el 9 de marzo de 2014 siendo que si son un mismo movimiento de origen, constitucionalmente les resultaba imposible hacerlo.

Aseveró que, en caso contrario, si se acoge la tesis del Consejo Nacional Electoral en el sentido de que las dos organizaciones son la misma entidad, le corresponde a esta Corporación: i) pronunciarse en contra de la demandada y los demás integrantes de la lista en el departamento de Sucre; ii) ordenar el traslado de todos los votos obtenidos por el movimiento político *Cien Por Ciento Por Colombia* en todo el territorio nacional a Afrovidés; y, iii) ordenar un nuevo escrutinio en la circunscripción especial de comunidades negras.

El demandante del expediente 2014-00086, esto es, **Eduardo Enrique Pérez Santos** a través de su apoderado judicial presentó alegatos de conclusión en los cuales reiteró que el movimiento *Ciento por Ciento Por Colombia* en las elecciones del 9 de marzo de 2014 no alcanzó el 3% requerido para conservar su personería jurídica y que por tal razón la elección de la señora **Rojas Vergara** se encontraba incurso en causal de nulidad, toda vez que, al inscribir listas para curules de la circunscripción territorial se sometió a las disposiciones contenidas en el artículo 108 constitucional.

Adujo que, a su juicio, era evidente que la pérdida de personería jurídica de un partido o movimiento político afecta las calidades o requisitos con los que el aspirante debe contar para ser electo.

Finalmente, solicitó se declare la “*falta de legitimación en la causa por activa*”. No obstante, no preciso cuál de los demandantes, a su juicio, carecía de la capacidad para interponer demanda de nulidad electoral.

La parte **demandada** allegó escrito de alegaciones en el cual sostuvo que frente a la primera pregunta planteada en la fijación del litigio, esto es, si la validez de la elección a una corporación pública de elección popular está sujeta al hecho de que el partido o movimiento político por el que resultó electa la persona, obtenga durante la misma jornada electoral la votación constitucional requerida para conservar dicha personería, la respuesta a otorgar es claramente negativa, comoquiera que para la elección de Representantes a la Cámara se aplica el sistema de cifra repartidora y no el de 3% de los votos obtenidos en el territorio como lo afirman los demandantes.

Igualmente, hizo una cita *in extenso* de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2014 por la Sección Quinta, en la cual se determinó que el movimiento *Cien Por Ciento Por Colombia* es un movimiento político, cuyo origen corresponde al régimen excepcional y que por tal razón para obtener su personería

jurídica le bastaba con haber conseguido representación en el Congreso de la República.<sup>3</sup>

Finalmente, sostuvo que: i) las calidades y requisitos para ser Representante a la Cámara no se afecta, aun si se aceptara que el movimiento *Cien Por Ciento Por Colombia* perdió su personería jurídica por no haber obtenido cierto umbral, toda vez que, las exigencias que consagró el Constituyente para fungir como Congresista se encuentran en los artículos 177 y 179 de la Constitución sin que dicha normatividad hubiese sido violentada y ii) que se hayan inscritos 4 personas para las curules dispuestas por el Departamento de Sucre se debió a que mediante Decreto 2788 de noviembre de 2013, el gobierno nacional estableció que ese sería el número de curules a proveer en el citado departamento y pese a que dicho acto fue posteriormente derogado, cuando el movimiento realizó la inscripción de sus candidatos aquel se encontraba plenamente vigente. De la misma forma aclaró que después de la inscripción y en vigencia del Decreto 2897 de 16 de diciembre de 2013 uno de los candidatos renunció a sus aspiraciones ajustando así la lista del movimiento.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 30 de enero de 2015, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se declare la nulidad del acto acusado, los argumentos que expuso fueron los siguientes:

Respecto de la violación de las normas en las que debía fundarse el acto acusado, por infracción al sistema de listas únicas, señaló que el movimiento político *Cien Por Ciento Por Colombia* inscribió simultáneamente dos listas para la misma Corporación pública, infringiendo así el sistema de listas únicas previsto en el artículo 263 de la Carta Política, toda vez que la demandada fue inscrita y elegida como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, periodo 2014-2018 por dicho movimiento y, simultáneamente, este movimiento, valiéndose de su anterior nombre (Afrovidés) inscribió otra lista para participar en la misma elección en la circunscripción electoral especial de comunidades Afrodescendientes.

Adujo que se encuentra demostrado que el movimiento político *Cien Por Ciento Por Colombia* es el mismo movimiento Afrovidés por lo cual se constata que inscribieron dos listas para el mismo proceso electoral, lo cual contraviene lo dispuesto por el constituyente al señalar que “*para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos*”.

Por otra parte, respecto de la violación de las normas en que debía fundarse el acto demandado, por cuanto los movimientos de origen especial no pueden participar en elecciones ordinarias, consideró que está demostrado que el origen del movimiento político *Cien Por Ciento Por Colombia* está en Afrovidés, que inició como un movimiento Afrodescendiente y que habiendo

<sup>3</sup> La demandada se refiere a Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de diciembre de 2014, radicado 110001032800020140005300 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

participado en el proceso electoral inmediatamente anterior (período 2010-2014) obtuvo representación en el Congreso en cabeza de un Representante a la Cámara, por tal situación adquirió la personería jurídica como movimiento político, lo que lo faculta para inscribir candidatos, pero solo en representación de las minorías étnicas y no para inscribir candidatos que aspiren a ser elegidos en la circunscripción ordinaria.

## 5. Solicitud de la Registraduría Nacional del Estado Civil

En escrito de 2 de febrero de 2015, el apoderado de esta entidad solicitó que se desvinculara del presente trámite, toda vez que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Reiteró la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta en las contestaciones de las demandas.

## 6. Otras actuaciones

La Sala en aplicación del artículo 213 del CPACA mediante auto del 5 de marzo de 2015 decretó, como prueba de oficio, la inspección judicial con exhibición de documentos al Ministerio del Interior - Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, con el fin de verificar la totalidad del expediente administrativo de la organización de base *“Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud ‘Afrovides’*”, que fue inscrita en esa Dirección por medio de la Resolución N° 00246 de 16 de septiembre de 2009.

La citada diligencia se llevó a cabo el día 12 de marzo de 2015 y en el desarrollo de la misma se aportó al expediente copia íntegra de la documentación que en el Ministerio del Interior reposaba respecto a la organización de base denominada *“Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud ‘Afrovides’*”.

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 iudice*, 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”*.

Los documentos antes descritos fueron remitidos por el Consejo Nacional Electoral el pasado 4 de mayo de 2015 tal y como consta a folios 379 a 462 del expediente 2014-68.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA<sup>4</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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 de elección contenido en Formulario E-26 CA de 16 de marzo de 2014 por medio del cual se declaró la elección de Candelaria Patricia Rojas Vergara como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre.

### 2. Pruebas relevantes

En los expedientes obran los siguientes medios de convicción:

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 Caraballo<sup>5</sup>. 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 anterior<sup>6</sup>.

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)<sup>7</sup>.

4. Copia del acto expedido el 17 de diciembre de 2013 por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil

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)

5 Exp. 201400068 fls. 44 y 45.

6 Exp. 201400068 fl. 46.

7 Exp. 201400068 fl. 42.

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"<sup>8</sup>.

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 Político (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 Político (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 Político (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".<sup>9</sup>*

6. Copia de la Resolución N° 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:

*"Artículo primero. Inscribise en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras denominada Asociación de afrocolombianos para la vivienda, deporte, educación 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 Terán Campo, identificado..."<sup>10</sup>*

7. Copia de la Resolución N° 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:*

CARGO	NOMBRES	DOCUMENTO
PRESIDENTE	SIXTO MANUEL GARCIA MEJÍA	.....
VICEPRESIDENTE	ÉVELIN DEL TORO CARDALES	.....
SECRETARIO GENERAL	OSNARDY ISABEL ACUÑA	.....
TESORERO	PEDRO TERÁN 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 periodo constitucional 2.010 - 2.014, avalada e inscrita por la Asociación (sic) de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación (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. (...)"<sup>11</sup>*

<sup>8</sup> Exp. 201400068 fl. 43.

<sup>9</sup> Exp. 201400068 fl. 47.

<sup>10</sup> Exp. 201400067 fl. 84.

<sup>11</sup> Exp. 201400068 Fl. 125-131

8. Copia de la Resolución N° 0316 de 3 de mayo de 2011, dictada por el CNE, a través de la cual se dispuso:

**“Artículo primero. Registrar el cambio de nombre del Movimiento Político Afrovides La esperanza de un pueblo. En consecuencia, en adelante se denominará Movimiento Político Afrovides, de conformidad con lo expresado en la motivación que antecede.**

**Artículo segundo. Inscribir como miembros de la Junta Directiva del Movimiento Político Afrovides, a los siguientes ciudadanos: Jesús María Vertel Díaz, ... como Secretario General y al señor Osnar Carlos Acuña Cardales ..., como Vocal. (...)**<sup>12</sup>.

9. Copia de la Resolución N° 3203 de 14 de noviembre de 2013, dictada por el CNE, por medio de la cual se dispuso:

**“Artículo 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.**

**Artículo segundo. Registrar al señor Jair (sic) Fernando Acuña Cardales ..., como Vicepresidente del Movimiento Político.**

**Artículo tercero. Registrar a la señora Leonarda Cardales Correa ..., como Tesorera del Movimiento Político.**

**Artículo cuarto. Registrar al señor Julio Cancio Banquez como veedor del Movimiento Político.**

**Artículo quinto. Registrar el nuevo nombre y dirección del Movimiento Político, así: Nombre del Movimiento Político: Movimiento Político Cien por ciento por Colombia (...)**<sup>13</sup>.

10. 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”<sup>14</sup>.

11. 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.<sup>15</sup>

12. Copia del aval otorgado por “Afrovides” a tres de sus miembros, el día 2 de febrero de 2010, para que aquellos se inscribieran a nombre de esa organización como candidatos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el período 2010-2014.

13. Copia del oficio de 24 de febrero de 2010<sup>16</sup> 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.

14. 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 registrará como movimiento político a Afrovides - La esperanza de un pueblo<sup>17</sup>.

15. Copia del acta a través de la cual los miembros de Afrovides, con ocasión de la curul obtenida por ellos en las elecciones de 2010, conforman el movimiento político Afrovides - La esperanza de un pueblo<sup>18</sup>, así como establecen sus estatutos<sup>19</sup>, plataforma política<sup>20</sup> y código de ética<sup>21</sup>.

16. Copia del Acta N° 2 del 12 de enero de 2011 del movimiento político Afrovides - La esperanza de un pueblo, en la cual las directivas de la organización política aprobaron el cambio del nombre, dicha modificación implicaba que el movimiento se identificaría con las siglas Afrovides.<sup>22</sup>

### 3. Análisis de los cargos formulados

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:

1. ¿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?

2. ¿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 CPACA?

Por lo anterior, se analizará si la supuesta pérdida de personería jurídica del Movimiento Político Cien Por Ciento Por Colombia tiene la potestad de viciar de nulidad la elección de la demandada.

12 Exp. 201400068 fls. 132 a 136.

13 Exp. 201400068 fls. 154 a 161

14 Fl. 34 del Expediente de Inspección Judicial.

15 Fls. 38 y 50 del Expediente de Inspección Judicial.

16 Folio 96 a 98 del Expediente de inspección judicial

17 Folio 390 del Expediente 2014-68

18 Folio 391 a 392 del Expediente 2014-68

19 Folio 408 a 419 del Expediente 2014-68

20 Folios 404 a 405 del Expediente 2014-68

21 Folios 409 del Expediente 2014-68

22 Folio 456 del Expediente 2014-68

### 3.1 De la supuesta pérdida de personería jurídica del Movimiento Político *Cien por ciento por Colombia*

Las demandas interpuestas por Melquiades Atencia Gómez (201400068), Sixto Manuel García Mejía (201400067) y Eduardo Enrique Pérez Santos (201400086), ponen en tela de juicio la legalidad presunta de la elección de la señora Candelaria Patricia Rojas Vergara 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...*”, comoquiera que sus candidatas quedan incursos 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 fuera de texto).

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 ‘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’<sup>23-24</sup>.*

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 cabildo 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 esa 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

23 Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 1.4.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 24 de agosto de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

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 *“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 bará 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 esta 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...”*<sup>25</sup>. 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

<sup>25</sup> 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.

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"*.<sup>26</sup> 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:

*"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"*.<sup>27</sup>

Ahora, a la luz del principio de la capacidad electoral<sup>28</sup>, 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.

26 Corte Constitucional. Sentencia de 3 de marzo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 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.

28 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. (...)"

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.

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, y por lo tanto, es claro que la pérdida de personería jurídica del partido político *Cien por Ciento por Colombia*, por no alcanzar la votación mínima requerida, no vicia de nulidad la elección de la demandada.

Así las cosas, a los cuestionamientos planteados en la audiencia inicial la Sala responde que: i) la validez de la elección a una Corporación Pública de elección popular **no** 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 y ii) La pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político, por no haber alcanzado durante la jornada electoral el umbral requerido para conservarla, **de ninguna manera** afecta las calidades o requisitos con las que debe contar un aspirante para ser electo como Congresista.

#### 4. Conclusión

Conforme a los argumentos expuestos a la largo de esta providencia, la Sala Electoral del Consejo de Estado concluye que las pretensiones de la demanda deberán negarse debido a 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.

- 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.

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,

### **III. FALLA**

**Primero.** Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Melquiades Atencia Gómez y otros

contra la elección de Candelaria Patricia Rojas Vergara como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

**Gabriel de Vega Pinzón**

Conjuez

**CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL QUINDÍO - Elección de Director/DIRECTOR DE CORPORACIÓN AUTÓNOMA - Expedición irregular del acto de elección por violación de los estatutos/EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO DE ELECCIÓN - Cualquier modificación a la convocatoria debe cumplir con las reglas establecidas en los estatutos**

Corresponde a la Sala determinar, como se mencionó en la fijación del litigio, si el Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 "por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el período restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015" se profirió con desconocimiento del procedimiento establecido en las disposiciones de la Ley 99 de 1993, en el Acuerdo No. 009 de 10 de julio de 2014 y en el Acuerdo No. 001 de 8 de marzo de 2005, estos últimos proferidos por la Corporación Autónoma Regional del Quindío, en razón a que: i) la reunión ordinaria de elección se llevó a cabo en una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria; y ii) a que la convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó el 25 de agosto de 2014, es decir, con una antelación diferente a la estipulada en los estatutos de la Corporación Autónoma.

En otras palabras, se establecerá si el acto demandado se profirió con expedición irregular. De conformidad con los estatutos, la convocatoria debe contener: i) las materias a tratar; ii) la hora y, iii) el lugar. Así las cosas, la modificación de cualquiera de estos elementos de la convocatoria, por sí sola, no trae como consecuencia irregularidad alguna, pues al respecto, el artículo 36 de los estatutos solo determina de manera expresa, que las reuniones deberán realizarse en el "el lugar, fecha y hora que se determine en la convocatoria que para el efecto realice el Secretario del Consejo Directivo", sin que de ello pueda concluirse que la convocatoria tenga el carácter de inmodificable. La convocatoria a la reunión ordinaria de Consejo Directivo de la CRQ, de conformidad con lo fijado en sus estatutos, es susceptible de ser modificada; sin embargo, aquéllos cambios en cualquiera de los elementos fijados en el artículo 36 - temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión- implican una modificación a la convocatoria misma y, en consecuencia, deben cumplir con las reglas que establece ese artículo, sobre la forma y la oportunidad para realizar la convocatoria.

En ese orden de ideas, es necesario que cualquier modificación a estos elementos, entre ellos, la hora fijada en la citación, se realice por "escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación". Ahora bien, en el caso concreto, la convocatoria mediante la cual se fijó la hora de la reunión en la que se designó al demandado, se realizó dos (2) días antes de la elección, es decir, sin la antelación que el artículo 36 de los estatutos de esa Corporación exigen. No hay lugar a analizar la incidencia del vicio en el resultado, criterio expuesto por la Sala en el fallo en la sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Exp. 110010328000201200051-00), reiterado en el fallo dictado en audiencia de 9 de octubre de

2013 en el expediente No. 110010328000201200045-00, porque allí se cuestionaron supuestas irregularidades en el proceso de votación; a diferencia del caso concreto, en el cual, claramente la irregularidad se presentó porque se desconoció el procedimiento establecido, no en el momento de la votación, sino en la citación a la reunión referenciada. Es decir, el desconocimiento de la norma, se dio antes de llegar al momento de la votación, toda vez que la irregularidad se presentó en la citación a la reunión, por lo que no hay lugar a analizar cuál habría sido el resultado de la votación, pues la nulidad se materializó con anterioridad, siendo tal análisis irrelevante. Por consiguiente, esta Sala concluye que el Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 "por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el período restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015", se expidió irregularmente por desconocimiento del artículo 36 de los estatutos de esa Corporación contenidos en la Resolución No. 988 del 22 de julio de 2005 y en consecuencia se declarará su nulidad.

Nota de Relatoría: Con auto de 22 de octubre de 2015, se adicionó de oficio la sentencia en el sentido de indicar los efectos de la nulidad decretada y se rechazó por improcedente la solicitud de aclaración.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00

Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas

Demandado: Corporación Autónoma Regional del Quindío

La Sala entra a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia, mediante el cual se pidió la nulidad del Acuerdo No. 011 de 2014 "Por medio del cual se designa el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el período restante del año 2014 a 31 de diciembre del año 2015".

**I. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Con la demanda se solicitó:

*"1. Se reconozca que en la elección del director general de la Corporación Autónoma Regional del Quindío se desconocieron los estatutos de la entidad en la etapa*

*de convocatoria de la reunión ordinaria del consejo directivo para el día 29 de agosto de 2014, donde se designó al doctor John James Fernández López como director general de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo comprendido 2014-2015, con la violación del artículo 36 de los estatutos de la entidad: 'Las reuniones ordinarias del Consejo Directivo serán realizadas en los meses de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre de cada año, en el lugar, fecha y hora que se determine en la convocatoria que para el efecto realice el Secretario del Consejo Directivo'.*

*2. Se reconozca que la convocatoria para la elección del doctor John James Fernández López como director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío se realizó en forma irregular, vicio que al afectar un acto preparatorio o de trámite se traslada a aquel definitivo que declaró la elección demandada.*

*3. Que en consecuencia, se declare la nulidad del acuerdo 011 de 2014: 'por medio del cual se designa al doctor John James Fernández López como Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 a 31 de diciembre de 2015'.*

## 1.2. Hechos

Como supuestos de hecho se afirmó que:

- El 10 de julio de 2014, el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío –en adelante CRQ– integrado por 12 miembros, fijó, mediante Acuerdo N° 009 de 2014, el procedimiento interno y el cronograma para la elección del Director General de dicho ente autónomo, en el cual se fijó como fecha para hacerlo, el 29 de agosto de 2014 sin indicar hora alguna.
- En sesión realizada el 20 de agosto de 2014 quedó registrada la citación a la sesión del 29 de agosto de 2014 a las 9:00 am.
- El 25 de agosto de 2014, el Secretario del Consejo Directivo, por medio de correo electrónico, “reiteró la convocatoria” a dicho órgano de dirección a reunión ordinaria para la elección de Director General, la cual se llevaría a cabo el 29 de agosto de 2014 a las 9:00 am en las instalaciones de la Corporación Autónoma.
- La Gobernadora del Quindío, mediante petición radicada el 27 de agosto de 2014, solicitó cambiar la hora en la que debía celebrarse la reunión ordinaria de nombramiento del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, debido a un compromiso indelegable.
- El mismo día de la solicitud, el Secretario del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del

Quindío, informó a los miembros del citado Consejo, vía correo electrónico, que se había modificado la hora de la reunión ordinaria y que la misma se llevaría a cabo el día 29 de agosto de 2014 a las 3:00 pm.

- Frente al cambio en la hora en la que habría de celebrarse la sesión ordinaria, el representante del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible ante la Corporación Autónoma Regional del Quindío manifestó, también mediante correo electrónico, que debía estudiarse la solicitud de cambio de hora de la sesión y afirmó que dicha modificación debía ser autorizada por el Consejo Directivo.
- La solicitud de modificación de la hora fue aprobada por el Consejo Directivo, supuestamente con seis votos a favor, el 27 de agosto de 2014.
- El 29 de agosto de 2014, el Representante de los indígenas radicó ante la CRQ un oficio en el que manifestaba su inconformidad con el hecho de que se informara que su voto había sido a favor del cambio de horario, cuando lo cierto era que su posición fue negativa ante la proposición.
- 5 de los miembros del Consejo Directivo se presentaron en las instalaciones de la Corporación Autónoma Regional del Quindío el día 29 de agosto de 2014 a las 9:00 am, de acuerdo a la citación inicialmente acordada.
- Sin embargo, el 29 de agosto de 2014 a las 3:00 pm, se designó al señor John James Fernández López como Director de la entidad, con la votación de 7 miembros del Consejo Directivo.

Para probar lo anterior, con la demanda se allegó:

- Copia del correo electrónico enviado desde la dirección “yuranyvillegas11@hotmail.com”, al parecer por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, en donde manifestó: “Respetuosamente y en aras de dar cumplimiento al artículo 12 del Acuerdo número 009 de 2014 y al cronograma establecido dentro del mismo, me permito reiterar la convocatoria a sesión ordinaria del Consejo Directivo el próximo 29 de agosto de 2014, a partir de las 9:00 de la mañana, en la Sala de Juntas de la Entidad” (fl. 18).
- Copia del correo electrónico enviado desde la dirección “yuranyvillegas11@hotmail.com”, al parecer por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, el 27 de agosto de 2014, en donde informa que atendiendo a la petición realizada por la Presidente del Consejo Directivo, “la hora de celebración del consejo directivo programado para el próximo 29 de agosto de 2014, ha sido trasladada para las 3:00 (tres) de la tarde” (fl. 20).
- Copia del correo electrónico enviado por el Asesor del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible,

el 28 de agosto de 2014, por medio del cual le solicitó al Secretario del Consejo Directivo de la CRQ informar cuales consejeros aprobaron el cambio de hora de la sesión (fl. 20).

- Copia del correo electrónico enviado desde la dirección “yuranyvillegas11@hotmail.com”, al parecer por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, el 28 de agosto de 2014, a través del cual informó que consejeros aceptaron el traslado de la hora para la celebración del Consejo Directivo del 29 de agosto de 2014, y que consejeros manifestaron inconvenientes en el cambio (fl. 22).
- Documento suscrito por el señor Constantino Ramírez, recibido el 29 de agosto de 2014 a las 9:39 am en la CRQ, en donde le manifiesta al Secretario del Consejo Directivo su inconformidad por haber informado que su concepto fue positivo para el cambio en el horario de la sesión del 29 de agosto de 2014 (fl. 24).
- Copia del Acta Número 012 del 29 de agosto de 2014, expedida por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, por medio de la cual se dejó constancia de la designación y elección del señor John James Fernández López, como Director General de la Corporación (fls. 26 y ss.).

Conviene resaltar que el demandante no solicitó el decreto de pruebas adicionales con su demanda.

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se afirmó que el Acuerdo N° 011 de 29 de agosto de 2014 se profirió trasgrediendo las normas que la Ley 99 de 1993 y los Acuerdos N° 009 de julio de 2014 y N° 001 de 8 de marzo de 2005, previeron para el nombramiento del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío.

De manera específica, se alegó que el Secretario del Consejo Directivo citó, mediante correo electrónico, 4 días antes a la reunión ordinaria de elección, y tal situación contraría al artículo 36 de los Estatutos de la CRQ que establece: “*para la celebración de reuniones ordinarias, se deberá citar por escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación, especificando los temas o materias a tratar, la hora y el lugar de la reunión*”.

Manifestó que al haberse modificado la hora de la elección de Director General, se violó el artículo citado previamente de los Estatutos de la CRQ y el Acuerdo 009 de 2014, el cual contenía la fecha y hora de la reunión de designación, programación que fue decidida por el Consejo Directivo en sesión ordinaria del 10 de julio de 2014.

Igualmente, precisó que la Gobernadora del Quindío solamente se encuentra facultada para presidir el Consejo Directivo, pero no para convocar a reunión ordinaria de elección de Director General ni para determinar su programación.

Aunque el demandante no hizo alusión a ninguna causal de nulidad de manera expresa, la Sección en auto del 4 de diciembre de 2014, en uso de sus facultades de interpretación de la demanda y en consonancia con la naturaleza pública del medio de control de nulidad electoral, determinó que el demandante alegaba que el acto de elección se profirió con expedición irregular.

Así, el artículo 137 del CPACA indica:

*“Artículo 137. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular (...).”*

### 1.4. Solicitud de medidas cautelares

El demandante solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, ya que a su juicio, el acto demandado “(...) *transgrede un principio constitucional, como lo es en este caso la designación de una persona con violación al debido proceso, y la vulneración de normas legales (...)*”.

## 2. Trámite Procesal

Mediante auto del 4 de diciembre de 2014 la Sala decidió admitir la demanda y negar la solicitud de suspensión provisional del acto demandado. En esta misma providencia, se ordenó su notificación al señor John James Fernández López, al demandante, al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Igualmente, se dispuso informar a la comunidad de la existencia del proceso por medio de la página web del Consejo de Estado.

## 3. Contestación de la demanda

### 3.1 Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío

El señor John James Fernández López, por conducto de apoderado, manifestó que los hechos debían probarse y las pretensiones desestimarse. Igualmente, estableció que ejercía el derecho de contradicción de conformidad con la precisión establecida en el auto admisorio de la demanda, esto es, que el cargo formulado se encaja dentro de la causal de expedición irregular.

Para sustentar su posición precisó: i) las normas que el actor alegó como violadas fijaron unos lineamientos generales que deben ser respetados por las autoridades públicas, pero no imponen una actuación específica que merezca ser analizada, debido a que no regulan lo concerniente a las modificaciones

de las sesiones del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales; y, ii) de las pruebas aportadas por el actor no se pueden dar por ciertas las aseveraciones que este hace en el escrito de demanda, toda vez que los mensajes de datos no cumplen con los requisitos de certificación, ni se puede corroborar su autenticidad, al igual que no se aportó copia de la convocatoria original.

Resaltó que el juez administrativo, en el proceso electoral, no puede valerse de un conocimiento de los hechos distinto al que le ofrece el universo probatorio, no existiendo para los sujetos procesales la obligación de controvertir hechos que no poseen la entidad suficiente de un medio de convicción en el acto de postulación.

Adicionalmente, indicó que las pruebas aportadas no pueden lograr la calidad de medio de convicción en el curso del proceso, toda vez que el actor omitió pedir la prueba constitutiva del supuesto fáctico del cargo formulado.

Finalmente, solicitó que en el evento en que el juez colegiado encuentre probada una excepción de fondo, resuelva oficiosamente sobre ella, en los términos del inciso segundo del artículo 187 del CPACA.

### 3.2 Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío

La señora Sandra Paola Hurtado, Gobernadora del Quindío y Presidenta del Consejo Directivo, por medio de abogado y con escrito presentado el 27 de enero de 2015 (fls. 117 a 122), presentó el mismo escrito de contestación del señor John James Fernández López<sup>1</sup>.

#### 4. Audiencia inicial

El día 15 de abril de 2015, se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas<sup>2</sup>.

Sobre este último punto, el Consejero Ponente puso de presente que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el juez electoral está facultado para decretar pruebas de oficio.

Lo anterior, toda vez que el medio de control electoral tiene por objeto, entre otros, garantizar el derecho a elegir y ser elegido, de manera que cuando un ciudadano recurre a él, lo hace en ejercicio del numeral 6 del artículo 40 superior, lo que implica que cuando un juez conoce de esta clase de medios de control, en realidad está conociendo de un mecanismo de defensa de la Constitución y de la ley, lo cual le impone la carga de actuar de manera activa en el proceso.

Con base en lo expuesto, se ofició a la Corporación Autónoma Regional del Quindío para que, a través del Secretario del Consejo Directivo y en un término no mayor a cinco días, contados a partir del recibo de la comunicación, remitiera los siguientes documentos:

- Copia del Acuerdo No. 009 de 10 de julio de 2014 por medio del cual “se adopta el procedimiento interno para la designación o elección del director (a) General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para lo que resta del periodo institucional del 2014 al 31 de diciembre de 2015”.
- Acta de la sesión celebrada por el Consejo Directivo el día 29 de agosto de 2014, en la cual se profirió el Acuerdo No. 011 de 2014, es decir, en la cual se realizó la designación de John James Fernández como Director General.
- Copia de la citación original que se envió a los miembros del Consejo Directivo de la CRQ por medio de la cual se convocó a reunión ordinaria de elección de Director General.
- Copia de la nueva citación a reunión de elección, enviada a los miembros del Consejo Directivo, con la modificación horaria.

Igualmente, se ordenó al Secretario del Consejo Directivo de la CRQ para que rindiera informe detallado en el que pusiera de presente los siguientes hechos relevantes para el proceso: i) quién o quiénes solicitaron modificación en la hora en la que debía llevarse a cabo la elección del Director General de la CRQ; ii) quienes coadyuvaron la petición de variación en la hora; iii) qué medio se utilizó para enviar la citación con la modificación horaria; iv) a dónde se remitió la nueva citación contentiva de la alteración horaria y v) quiénes se hicieron presentes en la sesión en la cual se designó al señor Fernández López como Director General.

De la decisión se dio traslado a las partes y al Ministerio Público, en donde el Ponente manifestó que de acuerdo al inciso segundo del artículo 169 del Código General del Proceso, contra la decisión de decretar pruebas de oficio no procedía recurso alguno, motivo por el cual la decisión quedó ejecutoriada.

Pues bien, el apoderado del demandado intervino para solicitar un receso con el objeto de analizar la situación, en el contexto del principio de igualdad de armas, y así evaluar la opción de requerir otras pruebas para contraprobar las decretadas.

El Director del Proceso, autorizó un receso de cinco minutos. Luego de cumplido este tiempo, el apoderado del demandado solicitó adicionar el decreto de las siguientes pruebas: i) en lo referente a la Copia del Acuerdo No. 009 de 10 de julio de 2014, sugirió complementarlo con la indicación del registro de asistencia de los miembros del Consejo Directivo; ii) los estatutos internos de la Corporación debidamente autorizados;

<sup>1</sup> El documento presentado por la Presidenta del Consejo Directivo es el mismo que presentó el señor John James Fernández López, toda vez que el abogado Carlos Mario Isaza Serrano es el apoderado judicial de ambos.

<sup>2</sup> Ni la parte demandante, ni la parte demandada propusieron, en los términos del artículo 180 del CPACA, excepciones previas.

iii) una certificación de quiénes, al momento de la elección, eran los miembros del Consejo Directivo de la Corporación y iv) un punto más en relación con el acuso de recibo de la comunicación del cambio de la hora por parte de los miembros del Consejo Directivo, así como sus manifestaciones de conformidad o inconformidad, así como la constancia respectiva de asistencia a la sesión en la que fue elegido el accionado.

El Ponente accedió a complementar con estos puntos su decreto oficioso<sup>3</sup>.

Cumplido lo anterior, el Magistrado conductor del proceso manifestó que lo propio era prescindir de la realización de la audiencia de pruebas y pasar a la etapa de alegatos de conclusión, toda vez que no existían pruebas que practicar. Esta decisión fue notificada en estrados, y se advirtió que cabía el recurso de súplica de conformidad con los artículos 246 y 243.8 del CPACA, el cual no fue presentado por las partes.

De esta manera, se continuó con la siguiente etapa de la audiencia, en donde el Consejero señaló que daría aplicación al último inciso del artículo 181 del CPACA, conforme a esto, las partes y el Ministerio Público, dispondrían del término de 10 días para presentar, por escrito, sus alegatos de conclusión, plazo que empezaría a correr una vez vencidos los cinco días otorgados para que las partes conocieran los documentos allegados al proceso.

## 5. Alegatos de conclusión

### 5.1 Parte demandante

El señor Diego Felipe Urrea Vanegas presentó sus alegatos de conclusión en los siguientes términos:

- Manifestó que una vez analizado el acervo probatorio allegado por la parte demandante y las solicitadas de oficio por el Consejero Ponente, quedaron probados en el proceso los hechos que manifestó en su demanda.
- Indicó que si bien el Consejo Directivo de la Corporación tiene la facultad de modificar la hora de la sesión, lo que invalida el acto demandado es que la nueva citación se efectuó sin la aprobación de la mayoría del Consejo Directivo, sin fijar los temas a tratar y sin la antelación exigida por el artículo 36 de los Estatutos de la CRQ.
- Resaltó la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que sobre el tema ha precisado: *"los Reglamentos mientras estén vigentes, como actos administrativos generales que son, deben ser observados y cumplidos obligatoriamente por parte de las propias Corporaciones que los expedieron para regular, organizar y formalizar sus actuaciones administrativas y no pueden dejar de*

*acatarse, porque en tal evento se estaría ante una flagrante violación a una norma jurídica de carácter superior"*.

- La falta de los 5 miembros del Consejo a la reunión de elección fue determinante en el resultado, toda vez que no pudieron deliberar en la sesión, conforme a los estatutos de la Corporación.
- Finalmente, hizo un recuento de las normas desconocidas por el acto administrativo acusado, las cuales fueron previamente señaladas en el escrito de demanda.

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicitó despachar favorablemente las pretensiones del libelo introductorio.

### 5.2 Parte demandada

El accionado presentó alegatos de conclusión en los cuales adujo, nuevamente, que el acto por medio cual se declaró su elección como Director General de la CRQ no se encuentra viciado de nulidad.

Afirmó que no hubo irregularidad alguna en la convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014, dado que entre el 25 y el 29 de agosto de 2014 hay cinco días de diferencia, y mucho menos, en el cambio de la hora de la sesión de elección, puesto que este fue informado a todos los consejeros.

Manifestó que si en gracia de discusión se aceptase que el cambio de horario constituye una irregularidad en el proceso, esta es irrelevante a la hora de estudiar la validez del acto de elección, porque no es una irregularidad que pueda afectar la existencia del acto. Así, las mayorías decisorias de la elección se respetaron, tanto para deliberar como para decidir.

Finalmente, aclaró que en el caso objeto de estudio, quedó probado que ninguna norma prohibía una modificación en la hora de la elección del Director General, siempre que se cumpliera con el traslado oportuno de la solicitud, la aplicación del principio mayoritario y la información a todos los integrantes de la nueva hora de la sesión eleccionaria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó desestimar las súplicas de la demanda.

## 6. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 22 de mayo de 2015, el Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda, ya que a su juicio, no observaba vicios que afectaran de nulidad la actuación.

Centró su análisis de conformidad con los lineamientos planteados por el Magistrado Sustanciador en la audiencia inicial. A saber: i) la reunión ordinaria de elección se llevó a cabo en una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria y

<sup>3</sup> El demandante solicitó adicionar al proceso testimonios de algunos miembros del Consejo Directivo, al igual que incorporar una nota periodística de un medio de comunicación del Quindío, estas peticiones fueron negadas con fundamento en el artículo 213 del CPACA.

ii) la citación a la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó el 25 de agosto de 2014, es decir, con una antelación diferente a la estipulada en los estatutos de la Corporación Autónoma.

Sobre el primer punto, manifestó que el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío está integrada por 12 miembros, lo que quiere decir que el quórum para deliberar y decidir es la mitad más uno de sus miembros y para efectos de elegir al Director General, se requiere mayoría absoluta de los votos del Consejo Directivo, de conformidad con el artículo 38 y 48 de los Estatutos de la CRQ.

De esta manera, el quórum deliberatorio y decisorio del Consejo Directivo de la CRQ se compone con la asistencia de siete de sus miembros, siendo este el mismo número que se requiere para ser elegido como Director General de dicho organismo.

En el caso objeto de estudio, resaltó que en la sesión ordinaria en donde se eligió al señor John James Fernández López como Director General, asistieron 7 de los 12 miembros del Consejo Directivo, conformándose de esta manera, el quórum tanto deliberatorio como decisorio, no afectando la legalidad del acto el hecho de que 5 miembros no hubiesen participado, "(...) pues la voluntad mayoritaria no se vería afectada por la no asistencia de estos en cualquier horario que se hubiere señalado".

Indicó que en procesos como el que hoy se demanda, debe prevalecer el principio de eficacia del voto de que trata el artículo 1º, numeral 3º, del Código Electoral Colombiano, el cual estipula que independientemente de que se hayan presentado irregularidades en el proceso de elección, estas deben ser de tal magnitud que varíen la decisión adoptada.

Igualmente, aseveró que el cambio de hora de la sesión ordinaria, en donde debía realizarse la elección de Director General, no afectó de nulidad la elección, por cuanto:

- El Acuerdo No. 009 de 2014 adoptó el procedimiento interno para la elección de Director General de la CRQ, en donde se fijó como fecha para dicha designación el 29 de agosto de 2014, sin embargo, allí no se indicó ninguna hora en particular, lo que supone que ella hubiere podido realizarse a cualquier hora, previa citación del Secretario de dicha corporación, tal y como lo señala el artículo 36 de los Estatutos.
- El hecho de que mediante sesión realizada el 20 de agosto de 2014 se hubiere acordado la hora de las 9:00 am, no implica que esta no hubiese podido postergarse, como en efecto se hizo, previa comunicación por parte del Secretario del Consejo Directivo y con la venia de la mayoría de sus miembros, pues no existe norma que proscriba dicho cambio.

- El cambio de hora se dio previa solicitud motivada por la Presidenta del Consejo Directivo, mediante oficio radicado el 27 de agosto de 2014, información que fue comunicada por el Secretario de este organismo y la contratista María Elena Rave García, vía telefónica, a los demás miembros del Consejo, de los cuales cinco estuvieron en desacuerdo y siete expresaron su beneplácito, constancia que obra en el expediente. Así, el consentimiento del cambio de horario contó con la mayoría absoluta de los integrantes de dicho cuerpo colegiado.
- A pesar de que el señor Constantino Ramírez Bedoya presentó escrito indicando no estar de acuerdo con el cambio de horario el 29 de agosto de 2014, este documento es controvertido por la constancia señalada precedentemente, así como con el oficio del 9 de septiembre de 2014, en el cual el Secretario del Consejo Directivo realiza un informe detallado al señor Constantino Ramírez Bedoya sobre las llamadas que se le hicieron, en las que manifestó estar de acuerdo con el cambio de hora. A juicio del Ministerio Público, a estos documentos se les debe dar mayor valor probatorio por tratarse de documentos públicos que no han sido tachados de falsos en el proceso.
- La modificación horaria contó con la publicidad y notificación correspondiente, siendo injustificada la insistencia de los 5 miembros del Consejo Directivo.

Finalmente, frente al segundo punto, referente a que la convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó con una antelación diferente a la estipulada en los Estatutos de la CRQ, precisó:

*"En el sub lite no se encuentra vulnerada dicha normativa, pues la sesión ordinaria para efectos de elegir al Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío fue convocada directamente por el Consejo Directivo en sesión que se realizó el 20 de agosto de 2014, audiencia a la que asistieron nueve (9) de los doce (12) integrantes de dicho consejo. Es decir, desde esa fecha la mayoría de sus integrantes estaban enterados de su realización, fecha que de contera es mayor a los cinco (5) días hábiles prescritos en la normativa"*<sup>4</sup>.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada en lo dispuesto en el artículo 149 del CPACA, al igual que por lo normado en 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.

<sup>4</sup> Folio 374 del expediente.

## 2.2. Acto de Elección Acusado

La elección de John James Fernández López como Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío - CRQ, para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre del año 2015, se acreditó con copia simple del Acuerdo 011 de 29 de agosto de 2014, expedido por el Consejo Directivo de esa entidad (fls. 26 a 33)<sup>5</sup>.

## 2.3. Análisis del asunto de fondo

### 2.3.1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, como se mencionó en la fijación del litigio, si el Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 “*por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015*” se profirió con desconocimiento del procedimiento establecido en las disposiciones de la Ley 99 de 1993, en el Acuerdo No. 009 de 10 de julio de 2014 y en el Acuerdo No. 001 de 8 de marzo de 2005, estos últimos proferidos por la Corporación Autónoma Regional del Quindío, en razón a que: i) la reunión ordinaria de elección se llevó a cabo en una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria; y ii) a que la convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó el 25 de agosto de 2014, es decir, con una antelación diferente a la estipulada en los estatutos de la Corporación Autónoma.

En otras palabras, se establecerá si el acto demandado se profirió con expedición irregular.

### 2.3.2.- Pruebas relevantes

Las pruebas que obran en el expediente y que serán consideradas para resolver el problema jurídico planteado, son:

1. Documento suscrito por el señor Constantino Ramírez, recibido el 29 de agosto de 2014 a las 9:39 am en la CRQ, en donde le manifiesta al Secretario del Consejo Directivo su inconformidad por haber establecido que su concepto fue positivo para el cambio en el horario de la sesión del 29 de agosto de 2014 (fl. 24).

2. Documento suscrito por los señores Constantino Ramírez, Anderson Ardila Marulanda, Ana Julia Salazar Cabrera, Yurany Lorena Villegas y Carlos Efrén Granada, recibido el 29 de agosto de 2014 a las 9:38 am en la CRQ, mediante el cual solicitan “*la certificación por escrito de la asistencia de los consejeros abajo firmantes a la reunión citada para hoy 29 de agosto de 2014 a las 9:00 am en las instalaciones de la Corporación y cuya presencia hacemos en forma personal y a la hora programada en sesión anterior del Consejo Directivo*” (fl. 25).

3. Copia del Acuerdo No. 011 de 2014 “*Por medio del cual se designa el Director General de la Corporación Autónoma*

*Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 a 31 de diciembre del año 2015*” (fls. 302 a 305).

4. Copia del Acuerdo No. 009 de 2014 “*Por medio del cual se adopta el procedimiento interno para la designación o elección del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para lo que resta del periodo institucional del 2014 al 31 de diciembre de 2015*” y de su anexo, el cual contiene el cronograma del proceso de elección de Director General (fls. 173 a 181).

5. Copia del Acta Número 012 del 29 de agosto de 2014, expedida por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, por medio de la cual se dio constancia de la designación y elección del señor John James Fernández López, como Director General de la Corporación (fls. 182 a 190).

6. Listado de Asistencia a la sesión del Consejo Directivo realizada el 29 de agosto de 2014 (fl. 192).

7. Poder conferido por el señor Mario Albert Cañas López, Alcalde de Génova Quindío, al señor Jorge Iván Osorio Velásquez, con el fin de que este último “represente al Municipio de Génova, durante toda la reunión del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, que se realizará el día 29 de agosto de 2014, en las instalaciones de la Corporación Autónoma Regional del Quindío” (fl. 194)

8. Copia del Acta Número 011 del 20 de agosto de 2014, expedida por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, en donde se registró “*la convocatoria para la realización del próximo consejo directivo el día veintinueve (29) de agosto a partir de las (9:00), en donde se llevará a cabo la elección del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío*” (fls. 195 a 224).

9. Listado de Asistencia a la sesión del Consejo Directivo realizada el 20 de agosto de 2014 (fl. 225).

10. Copia de la Constancia suscrita por el Secretario del Consejo Directivo, por medio de la cual deja consignado que de conformidad con la solicitud de cambio de horario radicada en la Oficina Asesora Jurídica el 27 de agosto de 2014, el suscrito y la contratista María Elena Rave García comunicaron la modificación horaria a los miembros del Consejo Directivo. Así, todos manifestaron estar de acuerdo con excepción de los doctores John Anderson Arcila Marulanda, Yurany Lorena Villegas Alzate, Carlos Efrén Granada Madrid, Ana Julia Salazar Cabrera y Juan Carlos Gutiérrez Casas (fls. 226 y 227).

11. Copia de la respuesta al Oficio 2015-207, mediante la cual el Secretario del Consejo Directivo brinda un informe detallado sobre el proceso de elección del Director General de la CRQ (fls. 228 a 233).

12. Aviso de Convocatoria Pública para optar al cargo de Director General de la Corporación Autónoma Regional del

<sup>5</sup> Este documento también fue aportado por la CRQ, visible a folios 302 a 305.

Quindío, expedida por la Presidenta del Consejo Directivo de la CRQ, el 14 de julio de 2014 (fls. 236 a 239)

13. Acta de Posesión No. 002, por medio de la cual consta que el señor John James Fernández López tomó posesión del cargo de Director General, código 0015, Grado 24, el primero de septiembre de 2014 (fl. 306).

14. Copia de la Constancia suscrita por el Secretario del Consejo Directivo, de 28 de abril de 2015, por medio de la cual informa sobre las personas que se desempeñaban como integrantes de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el 29 de agosto de 2014 (fls. 309 y 310).

15. Declaración extra procesal rendida ante la Notaria Segunda de Armenia por el señor John Anderson Arcila Marulanda (fl. 311).

16. Declaración extra procesal rendida ante la Notaria Segunda de Armenia por la señora Yurany Lorena Villegas Alzate (fl. 312).

17. Declaración extra procesal rendida ante la Notaria Segunda de Armenia por la señora Ana Julia Salazar Cabrera (fl. 313).

18. Copia de la Resolución No. 988 del 22 de julio de 2005 *"Por la cual se aprueban los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional del Quindío - CRQ"* (fls. 315 a 355).

19.- Copia del correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, en donde manifestó: *"Respetuosamente y en aras de dar cumplimiento al artículo 12 del Acuerdo número 009 de 2014 y al cronograma establecido dentro del mismo, me permito reiterar la convocatoria a sesión ordinaria del Consejo Directivo el próximo 29 de agosto de 2014, a partir de las 9:00 de la mañana, en la Sala de Juntas de la Entidad"* (fl. 358).

20.- Copia de la solicitud de modificación de la hora para la realización de la sesión del Consejo Directivo, programada para el 29 de agosto de 2014 a las 9:00 am, suscrita por la Gobernadora del departamento del Quindío, el 27 de agosto de 2014 (fl. 359)

21.- Copia de la respuesta al comunicado CRQ- 06854 de agosto 29 de 2014, suscrito por el señor Constantino Ramírez Bedoya, por medio de la cual el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ manifestó que *"según versión dada por la contratista adscrita a la oficina Asesora Jurídica, la señora MARÍA ELENA RAVE, el día (27) de agosto en horas de la tarde lo llamó a su celular a solicitarle su aprobación o no para realizar el cambio de hora del consejo directivo programado para el veintinueve de agosto de 2014 y las razones de esta solicitud. Una vez informado se le preguntó si estaba de acuerdo o no, en el cambio de la hora, a lo cual respondió que no había problema"* (fls. 360 y 361).

22.- Copia de la respuesta a la solicitud de Certificación CRQ- 06853 de 29 de agosto de 2014, en donde el Secretario del

Consejo Directivo de la CRQ, certifica que los Consejeros Constantino Ramírez Bedoya, Carlos Efrén Granada Madrid, Jhon Anderson Arcila Marulanda, Ana Julia Salazar Cabrera y Yurany López Villegas, hicieron presencia el día 29 de agosto de 2014 en la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación, a las 9:10 am, 9:10 am, 9:10 am, 9:15 am y 9:25 am, respectivamente (fls. 362 y 363).

23.- Copia del correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, el 27 de agosto de 2014, en donde informa que atendiendo a la petición realizada por la Presidente del Consejo Directivo, *"la hora de celebración del consejo directivo programado para el próximo 29 de agosto de 2014, ha sido trasladada para las 3:00 (tres) de la tarde"* (fl. 364)

24. Copia del correo electrónico enviado por el Asesor del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, el 28 de agosto de 2014, por medio del cual le solicitó al Secretario del Consejo Directivo de la CRQ informar cuales consejeros aprobaron el cambio de hora de la sesión (fl. 300).

25. Copia del correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, el 28 de agosto de 2014, a través del cual informó qué consejeros aceptaron el traslado de la hora para la celebración del Consejo Directivo del 29 de agosto de 2014, y qué consejeros manifestaron inconvenientes en el cambio (fl. 365).

### 2.3.3. Irregularidades planteadas en la demanda

De los hechos expuestos y de lo probado en el expediente, se tiene que la sesión en la que se realizó la elección demandada, se desarrolló el 29 de agosto de 2014 a las 3:00 p.m., y a esta faltaron (5) de los doce (12) miembros del Consejo Directivo, ausencia que atribuyen al cambio de horario en la citación.

Los miembros ausentes, según el Acta de Consejo Directivo No. 012 de la reunión del 29 de agosto de 2014, visible a folio 182, fueron:

- Yurani Lorena Villegas Alzate, Representante de las ONG.
- Carlos Efrén Granada Madrid, Representante de las ONG.
- Constantino Ramírez Bedoya, Representante de los Indígenas.
- Ana Luisa Salazar Cabrera, Representante del sector privado.
- Jhon Anderson Arcila Marulanda. Representante del sector privado.

Ahora bien, el demandado, fue designado por unanimidad, como Director General de la CRQ en sesión a la que asistieron

i) Sandra Paola Hurtado Palacio como Gobernadora del departamento del Quindío; ii) Luis Alfonso Escobar Trujillo,

Representante del Presidente de la República; iii) Juan Carlos Gutiérrez, en calidad de Representante del Ministerio de Medio Ambiente; iv) Omar Valencia Vásquez, Alcalde del municipio de Córdoba; v) Jorge Iván Osorio como Delegado del Alcalde de Génova; vi) John Edgar Pérez, Alcalde del municipio de Quimbaya; y, vii) Héctor Fabio Urrea, Alcalde del municipio de Finlandia.

Visto lo anterior, se analizará, como se señaló en la fijación del litigio, si el Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 "por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015" se profirió con desconocimiento del procedimiento establecido en las disposiciones de la Ley 99 de 1993, en el Acuerdo No. 009 de 10 de julio de 2014 y en el Acuerdo No. 001 de 8 de marzo de 2005, estos últimos proferidos por la Corporación Autónoma Regional del Quindío, en razón a que: i) la reunión ordinaria de elección se llevó a cabo en una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria; y ii) a que la convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó el 25 de agosto de 2014, es decir, con una antelación diferente a la estipulada en los estatutos de la Corporación Autónoma.

Para efectos metodológicos, esta Sala analizará cada una de las irregularidades planteadas por el demandante, así:

- i) **La reunión ordinaria de elección se llevó a cabo a una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria**

Para determinar si la modificación de la hora establecida en la convocatoria configura una irregularidad que vicia la legalidad del acto de elección del señor John James Fernández López como Director General de la CRQ, se analizarán los estatutos de esa Corporación contenidos en la Resolución No. 988 del 22 de julio de 2005.

Al respecto, el artículo 36 de los estatutos regula las reuniones del Consejo Directivo; así:

*"Las sesiones del Consejo Directivo serán ordinarias y extraordinarias, se efectuarán en la sede principal de la Corporación o donde lo determine el Consejo Directivo.*

*Las reuniones ordinarias del Consejo Directivo serán realizadas en los meses de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre de cada año, en el lugar, fecha y hora que se determine en la convocatoria que para el efecto realice el Secretario del Consejo Directivo.*

*Habrán reuniones extraordinarias cuando se convoquen por el Presidente del Consejo Directivo, el Director General, el Revisor Fiscal o un número no inferior a la tercera parte de los miembros del Consejo Directivo, para tratar exclusivamente materias que se relacionen en la convocatoria respectiva.*

*Para la celebración de reuniones ordinarias, se deberá citar por escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación, especificando los temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión.*

*Para las reuniones extraordinarias, se deberá citar por escrito con no menos de tres (3) días calendario, precisando los motivos de ella y estas reuniones extraordinarias solo se podrán tratar los temas para los cuales se convocó" (Negrillas fuera de texto).*

En ese orden de ideas, para la Sala es claro, que los elementos de la convocatoria, según la norma transcrita, son: i) materias a tratar; ii) hora y, iii) lugar.

Así las cosas, de conformidad con los estatutos, la modificación a cualquiera de los elementos mencionados, de la convocatoria, por sí sola, no trae como consecuencia irregularidad alguna, pues al respecto, el artículo citado solo determina de manera expresa, que las reuniones deberán realizarse en "el lugar, fecha y hora que se determine en la convocatoria que para el efecto realice el Secretario del Consejo Directivo", sin que de ello pueda concluirse que la convocatoria tenga el carácter de inmodificable, pues una interpretación formalista y exégeta del texto sería contraria al sentido natural y a la finalidad de la norma en cuestión, que no es otra que la de llevar a cabo el objeto de la reunión dentro de los cánones razonables que indica la citación.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la convocatoria a la reunión es susceptible de ser modificada, lo cierto es que la variación en cualquiera de sus elementos - temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión- implica una modificación de la convocatoria misma, y en ese orden, tal variación debe cumplir con las mismas reglas que al respecto trae ese artículo sobre la forma y la oportunidad para realizar la citación; es decir, es un imperativo que la mencionada modificación se realice por "escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación".

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al actor al señalar que el hecho de que la reunión ordinaria se haya llevado a cabo a una hora distinta a la que se estableció en la convocatoria configura una irregularidad que vicia la elección, pues como se indicó, esta es susceptible de ser modificada.

- ii) **La convocatoria de la sesión ordinaria del 29 de agosto de 2014 se realizó el 25 de agosto de 2014, es decir, con una antelación menor a la estipulada en los estatutos de la Corporación Autónoma**

Lo primero que es importante resaltar es que el cambio de horario, sin el cumplimiento de los requisitos fijados para tal efecto, se realizó por una solicitud de la Gobernadora, desconociendo que la calidad de la persona que hace la petición no habilita a sus miembros para apartarse de la

normativa que rige la citación a estas reuniones, pues a esta solicitud debía dársele el mismo trato que a la que realizan los demás miembros de la Corporación.

Así las cosas, como se explicó en el acápite anterior, la convocatoria a la reunión ordinaria de Consejo Directivo de la CRQ, de conformidad con lo fijado en sus estatutos, es susceptible de ser modificada, no obstante, cuando algún miembro manifiesta su imposibilidad de asistir ante la propuesta de cambio en alguno de los elementos que hemos mencionado, sin importar de cuál miembro provenga la petición, la citación debe hacerse cumpliendo con los requisitos que la norma establece.

En efecto, en esta situación, aquéllos cambios en los - *temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión*- significa una modificación en la convocatoria misma, y por ello deben cumplir con las reglas que al respecto trae el artículo 36 de los estatutos, sobre la forma y la oportunidad para realizar la convocatoria.

En ese orden de ideas, es necesario que cualquier modificación a los *temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión*, fijados en la citación, se realice por “escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación”, por cuanto se trata de una nueva convocatoria.

Pues bien, en el *sub lite* el demandado señala que en la citación no se indicó expresamente la hora, pues el cronograma anexo al Acuerdo 009 de 2014, por medio del cual se adopta el procedimiento interno para la designación o elección del Director(a) General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para lo que restaba del período institucional del 2014 al 31 de diciembre de 2015, únicamente fijó la fecha en la que se realizaría dicha sesión, es decir, el 29 de agosto de 2014, como se observa a folio 181, por lo que a su juicio, no se modificó la hora, pues esta no se había establecido formalmente en la citación.

No obstante, esta Sala precisa que el 12 de agosto de 2014, mediante correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo, desde la dirección de correo institucional [crq@crq.gov.co](mailto:crq@crq.gov.co), cuyo asunto era “Convocatoria”, dirigido a los doce (12) miembros del Consejo Directivo se citó a la reunión para la elección del Director General de la Corporación<sup>6</sup>, así:

*“Buenas tardes:*

*En cumplimiento a los artículos 8° y 10° del Acuerdo número 009 de 2014, emitido por ustedes, como Consejo Directivo de la Entidad, me permito convocarlos de manera respetuosa a sesión ordinaria el próximo veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014) a partir de las 9:00 de la mañana en la Sala*

*de Juntas de la Corporación Autónoma Regional del Quindío.*

*El orden del día propuesto es el siguiente: (...)” (fl. 283).*

En ese orden de ideas, no le asiste la razón al demandado al señalar que no se había fijado hora alguna, pues sí se hizo, por escrito, con más de los 5 días de anticipación, pues ello fue el 12 de agosto de 2014, y la reunión se celebró el 29 del mismo mes y año.

En ese sentido, la modificación de la anterior convocatoria, debía realizarse de la misma manera, es decir, por escrito y con no menos de 5 días de anterioridad.

Al respecto, en escrito radicado en la CRQ el 27 de agosto de 2014, visible a folio 359, la Gobernadora del Quindío solicitó al secretario, trasladarle a los demás miembros del Consejo su solicitud de modificación de la hora de la reunión.

Por ello, en esa misma fecha, mediante correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo, desde la dirección de correo institucional [crq@crq.gov.co](mailto:crq@crq.gov.co), cuyo asunto era “Traslado Hora Consejo”, dirigido a los doce (12) miembros del Consejo Directivo se señaló:

*“Respetados Consejeros (as):*

*Atendiendo petición respetuosa realizada por la doctora Sandra Paola Hurtado Palacio, Gobernadora del Departamento del Quindío y Presidente del Consejo Directivo, me permito informarles que la hora de celebración del consejo directivo programado para el próximo 29 de agosto de 2014, ha sido trasladada para las tres (3) de la tarde.*

*Lo anterior teniendo en cuenta que la señora Gobernadora debe asistir en horas de la mañana a la ciudad de Pereira a fin de participar en el OCAD Regional de regalías y cuya asistencia es indelegable.*

*(...)” (Negrillas fuera de texto) (fl. 364).*

Pues bien, de lo anterior es posible inferir que la modificación a la hora -elemento de la citación- de la reunión se realizó el 27 de agosto de 2014 y comoquiera que la sesión se celebró el 29 del mismo mes y año, no transcurrieron los cinco (5) días que la norma exige para las citaciones a reuniones ordinarias del Consejo Directivo de la CRQ, pues solo pasaron dos (2) días entre la convocatoria y la reunión.

De lo expuesto se concluye claramente que la citación a la reunión de Consejo en la que se eligió al demandado, sí desconoció el artículo 36 de los estatutos de esa Corporación contenidos en la Resolución No. 988 del 22 de julio de 2005; por cuanto no se realizó con la antelación que esa norma dispone,

<sup>6</sup> Prueba documental decretada de oficio en la audiencia inicial celebrada el 15 de abril de 2015 y allegada el 28 de la misma anualidad por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, visible a folio 364, y que no fue tachada de falsa.

y en ese orden, se expidió irregularmente. En consecuencia, hay lugar a declarar la nulidad del Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 "por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015".

Lo anterior es suficiente para declarar la nulidad del acto acusado; no obstante, comoquiera que el concepto del Ministerio Público y el demandado argumentaron que en el caso concreto no hay incidencia del vicio en el resultado, se aclara que tal análisis es irrelevante.

En el caso particular, lo que se discute no es una irregularidad en el proceso de votación como tal, bien sea porque sus votos fueron espurios o porque los participantes lo hicieron sin estar legitimados para hacerlo, sino que se discute es el desconocimiento de la convocatoria a la reunión, pues lo cierto es que al momento de la modificación 5 miembros del Consejo Directivo manifestaron **expresamente** que no podían asistir debido al cambio de horario; de manera que, ante tal situación resultó abiertamente contraria a la norma la determinación de continuar con la citación a la reunión, a sabiendas de que se estaba contraviniendo el ordenamiento jurídico, y de que ese proceder impedía la asistencia de algunos de los miembros que así lo pusieron de presente.

En otras palabras, 5 miembros del Consejo Directivo, *ab initio* y desde la citación se opusieron al cambio de horario, y dijeron que no asistirían, desconociendo la nueva citación, y aun así llevaron a cabo la reunión sin que importara la manifestación realizada por aquéllos miembros que no podían participar en ese nuevo horario. La anterior situación, implicaría **aceptar que la mayoría está habilitada para desconocer la norma, so pretexto de que ello no tiene incidencia en el resultado, lo cual de ninguna manera sería posible en este escenario.**

Por lo anterior, no hay lugar a analizar la incidencia de la irregularidad en el resultado, de manera que, una vez verificada la existencia de la misma, se encuentra probado el cargo de expedición irregular.

Es importante resaltar que esta Sección, en un caso similar, también declaró la nulidad de la elección, en ese entonces del Personero de la Candelaria, por cuanto se desconoció el plazo que debía mediar entre la fecha de la convocatoria y la sesión de la elección. En esa providencia, se señaló:

*"El actor en la demanda y en el recurso de apelación argumentó que el Concejo de Candelaria desconoció, entre otras normas, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 porque el 2 de enero de 2008 convocó a la elección de personero para el día 8 de enero de 2008 y con ello pasó por alto el hecho de que "entre la fecha de convocatoria y el día de la elección, debe existir los tres días de anticipación..."; días que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 153 de 1887 subrogado por el artículo 62 del Régimen Político y Municipal, son*

*bábiles. (...) Los días a los que se refiere el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 son hábiles. (...) Con base en estas pruebas se constata: i) que la convocatoria para la elección de personero se realizó el día 2 de enero de 2008 y la sesión de elección se programó y llevó a cabo el día 8 de enero de 2008, ii) que entre la fecha de la convocatoria y la fecha de la elección del demandado como personero solo transcurrieron dos (2) días hábiles, y iii) que, en efecto, el acto de elección acusado está viciado porque infringió el mandato del artículo 35 de la Ley 136 de 1994 que impone que sean tres (3) los días que antecedan a la fecha de la sesión en la cual se haya previsto la elección de personeros. Por tanto, se concluye que este cargo prospera"*<sup>7</sup> (Negrillas fuera de texto).

Por otro lado, esta Sección en la sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Exp. 110010328000201200051-00), se apoyó en el principio de la eficacia del voto contemplado en el artículo 1º numeral 3º del Decreto 2241 de 15 de julio de 1986<sup>8</sup> "Por el cual se adopta el Código Electoral", para afirmar que en situaciones como esta, en que se cuestiona el acto de elección por el número de miembros del Consejo Directivo que efectivamente participó en dicho proceso, bien porque unos eran espurios o bien porque otros que al parecer tenían derecho a intervenir no lo pudieron hacer, la legalidad del acto no se afecta por ese solo hecho.

Señaló que en esos casos es necesario evaluar si aun suprimiendo el número de votos espurios o tomando en cuenta el número de electores ausentes, la voluntad mayoritaria, libre y legítima resultaría afectada, pues en tratándose de una decisión corporativa si se demostraba que pese a esas circunstancias el Director continuaba contando con el número de votos igual o superior al mínimo requerido por los estatutos de la Corporación para adoptar esa decisión, la validez de la elección no podía sufrir ningún menoscabo, tesis reiterada en el fallo dictado en audiencia de 9 de octubre de 2013 en el expediente No. 110010328000201200045-00.

El criterio expuesto por la Sala en esas dos oportunidades no es

7 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 6 de febrero de 2009. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo, Proceso No. 76001-23-31-010-2008-00057-00.

8 Esta norma establece:  
"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:...

3. 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".

aplicable al caso concreto, porque allí se cuestionaron supuestas irregularidades en el proceso de votación; a diferencia del caso concreto, en el cual, claramente la irregularidad se presentó porque se desconoció el procedimiento establecido, no en el momento de la votación, sino en la citación a la reunión referenciada.

En efecto, como se dijo en precedencia, tal tesis no es aplicable al *sub lite*, pues el desconocimiento de la norma, se dio antes de llegar al momento de la votación, toda vez que la irregularidad se presentó al momento de la citación a la reunión, por lo que no hay lugar a analizar cuál habría sido el resultado de la votación.

En otras palabras, la nulidad se comprueba en un momento anterior a la votación, lo que significa que el análisis propuesto resulta irrelevante.

Se reitera, la anterior situación, implicaría **aceptar que la mayoría está habilitada para desconocer la norma que rige el procedimiento de citación, so pretexto de que ello no tiene incidencia en el resultado, lo cual de ninguna manera sería posible en este escenario.**

#### 2.4. Conclusiones

- a. De conformidad con los estatutos, la convocatoria debe contener: i) las materias a tratar; ii) la **hora** y, iii) el lugar. Así las cosas, la modificación de cualquiera de estos elementos de la convocatoria, por sí sola, no trae como consecuencia irregularidad alguna, pues al respecto, el artículo 36 de los estatutos solo determina de manera expresa, que las reuniones deberán realizarse en el *“el lugar, fecha y hora que se determine en la convocatoria que para el efecto realice el Secretario del Consejo Directivo”*, sin que de ello pueda concluirse que la convocatoria tenga el carácter de inmodificable.
- b. La convocatoria a la reunión ordinaria de Consejo Directivo de la CRQ, de conformidad con lo fijado en sus estatutos, es susceptible de ser modificada; sin embargo, aquéllos cambios en cualquiera de los elementos fijados en el artículo 36 - *temas o materias a tratar, la hora y el lugar de reunión*- implican una modificación a la convocatoria misma y, en consecuencia, deben cumplir con las reglas que establece ese artículo, sobre la forma y la oportunidad para realizar la convocatoria. En ese orden de ideas, es necesario que cualquier modificación a estos elementos, entre ellos, la **hora** fijada en la citación, se realice por *“escrito con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación”*. Ahora bien, en el caso concreto, la convocatoria mediante la cual se fijó la hora de la reunión en la que se designó al demandado, se realizó dos (2) días antes de la elección, es decir, sin la antelación que el artículo 36 de los estatutos de esa Corporación exigen.
- c. No hay lugar a analizar la incidencia del vicio en el resultado, criterio expuesto por la Sala en el fallo en la sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Exp. 110010328000201200051-00),

reiterado en el fallo dictado en audiencia de 9 de octubre de 2013 en el expediente No. 110010328000201200045-00, porque allí se cuestionaron supuestas irregularidades en el proceso de votación; a diferencia del caso concreto, en el cual, claramente la irregularidad se presentó porque se desconoció el procedimiento establecido, no en el momento de la votación, sino en la citación a la reunión referenciada. Es decir, el desconocimiento de la norma, se dio antes de llegar al momento de la votación, toda vez que la irregularidad se presentó en la citación a la reunión, por lo que no hay lugar a analizar cuál habría sido el resultado de la votación, pues la nulidad se materializó con anterioridad, siendo tal análisis irrelevante.

Por consiguiente, esta Sala concluye que el Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 *“por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015”*, se expidió irregularmente por desconocimiento del artículo 36 de los estatutos de esa Corporación contenidos en la Resolución No. 988 del 22 de julio de 2005 y en consecuencia se declarará su nulidad.

### 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. Declarar** la nulidad del Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 *“por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015”* por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo. Archivar** el expediente, una vez quede en firme el fallo.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Salvamento de Voto

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Bertha Lucía González Zúñiga**

Conjuez

Salvamento de Voto

**Esperanza Gómez de Miranda**

Conjuez

**SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO DE LA CONSEJERA  
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Y LA  
CONJUEZ BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA**

**CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL  
QUINDÍO - Elección de Director/PRINCIPIO DE  
LA EFICACIA DEL VOTO - De acuerdo con la  
situación fáctica este debió estudiarse**

Como lo manifestamos durante los debates al interior de la Sala de Sección, a nuestro juicio, la elección debió quedar incólume a partir de un análisis con óptica diferente, explicando las particularidades propias del caso, e intentando no establecer teorías que se advierten generales. En efecto, el punto relevante a determinar es si los ausentes en la votación (5 miembros de los 12) se enteraron del cambio de hora con suficiente antelación. Nótese que así pasó con el Delegado del Ministerio de Ambiente, quien a pesar de no estar de acuerdo con el cambio, asistió a la reunión de las 3 p.m. Además, que conforme se evidencia del relato de pruebas, los ausentes a la reunión de las 3 p.m. dejaron constancia de acudir el mismo día a la hora inicialmente señalada (9 a. m.) y en el proyecto se afirma que sí conocían del cambio de hora. Además, claramente, en forma ordenada y cronológica, en el capítulo de pruebas relevantes, la sentencia puso en evidencia que hubo un trámite previo de comunicación sobre el cambio de hora y si los electores estaban de acuerdo. (...)

Por otra parte, ha de destacarse que el cambio se dio solo respecto de la hora, dentro del mismo día y dentro de la misma etapa del procedimiento, para diferenciarlo del caso ya fallado del Personero de La Candelaria -apoyo del fallo objeto de salvamento-, pues mirando ese antecedente al igual que las otras sentencias que se citan, cada una responde a la situación que observó el ponente y la Sala y a la importancia que le dio a uno u a otro presupuesto. En efecto, en el antecedente citado por el proyecto y que es su soporte jurisprudencial (exp. 2008-00057-00 de 6 de febrero de 2009, Personero de La Candelaria, C.P. doctor Mauricio Torres Cuervo), no se analizó el principio de eficacia del voto y se anuló la elección por irregularidades en la convocatoria, pero la disconformidad entre los plazos fue respecto de la convocatoria y la elección, entre las cuales, conforme al art. 35 de la Ley 136/94 deben mediar mínimo tres (3) días hábiles, y solo observaron 2. En cambio, en el caso fallado, la modificación fue de la hora, mas no del día y fue frente a la misma audiencia de elección, no son etapas distintas. A nuestro juicio, resultaba acorde a la situación fáctica haber analizado el principio de eficacia del voto, como se hizo en el antecedente jurisprudencial de 19 de septiembre de 2013 (Exp. 201200051), en un caso de la CAR con ponencia del doctor Yepes, en el que sí se aplicó el principio de eficacia del voto, aunque no con ese exacto nombre.

Por otra parte, no advertimos que se tratara de votos espurios o de imposibilidad de votar teniendo en cuenta que la censura de nulidad planteada por el actor consistió en que el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío deben tener voz y voto los 4 alcaldes de los municipios de la jurisdicción, por lo que consideró que la votación sería excesiva y contra la ley, al

incluir al Burgomaestre de Bogotá, porque fungiría como quinto Alcalde en hacer parte de las votaciones. Se reitera, entonces, que en realidad no se trataba de voto espurio ni de alguien con mejor derecho para intervenir. Y frente al antecedente de 9 de octubre de 2013 (Exp. 20120004500), que falló un asunto también respecto de la CRQ, aunque se mencionó en los considerandos el principio de eficacia del voto para afirmar que de todos modos el Director de turno sí logró la mayoría y, por ende, entre otras decisiones, denegó las pretensiones, lo cierto es que la real censura de violación giró en torno a que el sector privado no fue convocado ni hizo parte de la elección a través de sus dos (2) representantes, para concluir que la situación fáctica era otra y es que para ese entonces el Sector Privado no había elegido a sus representantes, es decir, ausencia absoluta de representantes por falta de elección interna del sector. Finalmente, consideramos que hizo falta diferenciar entre presupuestos fundamentales de la convocatoria que la afectan ab initio y de forma sustancial, que dan al traste con las siguientes etapas y que afectan el acto de elección y hay otros que si bien hacen parte de una etapa previa, como la convocatoria, por razones o vicisitudes propias del caso concreto, no alcanzaban a tener la suficiente entidad para vulnerar esta etapa previa y menos el acto de elección, como consideramos sucedió en este caso. Las anteriores razones son suficientes para soportar nuestra opinión divergente con la providencia adoptada por la Sección Quinta, el 29 de septiembre de 2015.

**SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO**

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Conjuez: Bertha Lucía Gonzalez Zúñiga.

Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, en forma conjunta, manifestamos las razones por las cuales salvamos el voto a la sentencia de 29 de septiembre de 2015 proferida por la Sección Quinta, en la cual se declaró la nulidad del Acuerdo No. 011 del 29 de agosto de 2014 "*por medio del cual se designa al Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo restante del año 2014 al 31 de diciembre de 2015*".

Como lo manifestamos durante los debates al interior de la Sala de Sección, a nuestro juicio, la elección debió quedar incólume a partir de un análisis con óptica diferente, explicando las particularidades propias del caso, e intentando no establecer teorías que se advierten generales.

En efecto, el punto relevante a determinar es si los ausentes en la votación (5 miembros de los 12) se enteraron del cambio de hora con suficiente antelación. Nótese que así pasó con el Delegado del Ministerio de Ambiente, quien a pesar de no estar de acuerdo con el cambio, asistió a la reunión de las 3 p.m. Además, que conforme se evidencia del relato de pruebas, los ausentes a la reunión de las 3 p.m. dejaron constancia de acudir el mismo día a la hora inicialmente señalada (9 a. m.) y en el proyecto se afirma que sí conocían del cambio de hora.

Además, claramente, en forma ordenada y cronológica, en el capítulo de pruebas relevantes, la sentencia puso en evidencia que hubo un trámite previo de comunicación sobre el cambio de hora y si los electores estaban de acuerdo, tales como las siguientes pruebas relevantes que trae el proyecto: numeral 10 de la relación de pruebas: *"Copia de la constancia suscrita por el Secretario del Consejo Directivo, por medio del cual deja consignado que de conformidad con la solicitud de cambio de horario radicada en la Oficina Asesora Jurídica el 27 de agosto de 2014, el mencionado Secretario y otra, comunicaron la modificación estar de acuerdo con excepción de los doctores John Anderson Arcila Marulanda, Yurany Lorena Villegas Alzate, Carlos Efrén Granada Madrid, Ana Julia Salazar Cabrera y Juan Carlos Gutiérrez Casas"* (fl. 226 y 227), quienes se presentaron el 29 de agosto de 2014 a las 9:10 am.; b) Copia de correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo el día 27 de agosto de 2014, que informa que atendiendo la petición realizada por la Presidenta del Consejo Directivo, la hora había sido pasada a las 3 pm y c) copia del correo electrónico enviado por el Secretario del Consejo Directivo de la CRQ, el 28 de agosto de 2014, en el que atesta cuáles consejeros aceptaron el traslado de la hora y quiénes manifestaron inconveniente.

Nada obstaba, para considerar, entonces, que todos se enteraron del cambio de hora precisamente, porque los 5 que se opusieron llegaron en la mañana del 29 de agosto de 2014 y los que estaban de acuerdo con la sesión en la tarde (7 miembros en total) asistieron el mismo 29, votaron y eligieron.

Por otra parte, ha de destacarse que el cambio se dio solo respecto de la hora, dentro del mismo día y dentro de la misma etapa del procedimiento, para diferenciarlo del caso ya fallado del Personero de La Candelaria -apoyo del fallo objeto de salvamento-, pues mirando ese antecedente al igual que las otras sentencias que se citan, cada una responde a la situación que observó el ponente y la Sala y a la importancia que le dio a uno u a otro presupuesto.

En efecto, en el antecedente citado por el proyecto y que es su soporte jurisprudencial (exp. 2008-00057-00 de 6 de febrero de 2009, Personero de La Candelaria, C.P. doctor Mauricio Torres Cuervo), no se analizó el principio de eficacia del voto y se anuló la elección por irregularidades en la convocatoria, pero la disconformidad entre los plazos fue respecto de la convocatoria y la elección, entre las cuales, conforme al art. 35 de la Ley 136/94 deben mediar mínimo tres (3) días hábiles, y solo observaron 2.

En cambio, en el caso fallado, la modificación fue de la hora, mas no del día y fue frente a la misma audiencia de elección, no son etapas distintas.

A nuestro juicio, resultaba acorde a la situación fáctica haber analizado el principio de eficacia del voto, como se hizo en el antecedente jurisprudencial de 19 de septiembre de 2013 (Exp. 201200051), en un caso de la CAR con ponencia del doctor Yepes, en el que sí se aplicó el principio de eficacia del voto, aunque no con ese exacto nombre.

Por otra parte, no advertimos que se tratara de votos espurios o de imposibilidad de votar teniendo en cuenta que la censura de nulidad planteada por el actor consistió en que el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío deben tener voz y voto los 4 alcaldes de los municipios de la jurisdicción, por lo que consideró que la votación sería excesiva y contra la ley, al incluir al Burgomaestre de Bogotá, porque fungiría como quinto Alcalde en hacer parte de las votaciones. Se reitera, entonces, que en realidad no se trataba de voto espurio ni de alguien con mejor derecho para intervenir.

Y frente al antecedente de 9 de octubre de 2013 (Exp. 20120004500), que falló un asunto también respecto de la CRQ, aunque se mencionó en los considerandos el principio de eficacia del voto para afirmar que de todos modos el Director de turno sí logró la mayoría y, por ende, entre otras decisiones, denegó las pretensiones, lo cierto es que la real censura de violación giró en torno a que el sector privado no fue convocado ni hizo parte de la elección a través de sus dos (2) representantes, para concluir que la situación fáctica era otra y es que para ese entonces el Sector Privado no había elegido a sus representantes, es decir, ausencia absoluta de representantes por falta de elección interna del sector.

Finalmente, consideramos que hizo falta diferenciar entre presupuestos fundamentales de la convocatoria que la afectan *ab initio* y de forma sustancial, que dan al traste con las siguientes etapas y que afectan el acto de elección y hay otros que si bien hacen parte de una etapa previa, como la convocatoria, por razones o vicisitudes propias del caso concreto, no alcanzaban a tener la suficiente entidad para vulnerar esta etapa previa y menos el acto de elección, como consideramos sucedió en este caso.

Las anteriores razones son suficientes para soportar nuestra opinión divergente con la providencia adoptada por la Sección Quinta, el 29 de septiembre de 2015.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Consejera de Estado

**Bertha Lucía González Zúñiga**

Conjuez

**CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL - Cuando los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados/FALSEDAD O APOCRIFICIDAD - Un documento o registro electoral adolece de falsedad si lo que se expresa en él no concuerda con la realidad/FALSEDAD O APOCRIFICIDAD - Como causal de nulidad es necesariamente objetiva/FALSEDAD O APOCRIFICIDAD - No leer las actas de escrutinio de los jurados de votación no hace por sí solo falsos los resultados electorales**

El problema al que se enfrenta la Sala consiste en determinar si, tal como lo sostiene la parte actora, el hecho de que al iniciarse el escrutinio el Registrador omite dar lectura al registro de los documentos que se introdujeron en el arca triclave, conduce inevitablemente a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 3º del CPACA, según la cual la elección resulta inválida cuando "Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales".. Es decir, que si por la sola omisión de hacer esa lectura los resultados electorales de las mesas concernidas se tornan falsos y por ello no pueden ser tenidos en cuenta en el escrutinio. La configuración de la falsedad o apocrificidad en temas electorales bien puede surtirse a partir de la definición de ese concepto, que según la Real Academia Española corresponde a lo "Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad". o "Incierto y contrario a la verdad".

Es decir, que un documento o registro electoral adolece de falsedad si lo que se expresa en él no concuerda con la realidad, disonancia que puede darse por falsedad material, como cuando el registro documental sufre una mutación o adulteración física en lo escrito, o por falsedad ideológica, que suele ocurrir, Vr. Gr., cuando un registro ulterior refleja una información completamente distinta del registro anterior, sin que ello tenga una explicación o justificación válida. Por tanto, la falsedad o apocrificidad como causal de nulidad es necesariamente objetiva. Quiere decir lo anterior, que su presencia en los documentos o registros electorales puede constatarse directamente por el operador jurídico, quien después de establecer la verdad de unos resultados los puede confrontar con los registros cuestionados para así concluir si esa realidad ha sido objeto de manipulaciones o distorsiones. Por lo mismo, el incumplimiento del deber funcional consagrado en la parte inicial del artículo 163 del C.E., atinente a que el Registrador lea el registro de los documentos introducidos en el arca triclave, no hace por sí solo falsos los resultados electorales de las respectivas mesas de votación. Con esa omisión no se produce, per se, ninguna forma de falsedad material o ideológica sobre los escrutinios practicados y consignados en los documentos depositados en el arca triclave; ni de ello la lógica permite inferir que lo escrutado se vuelva falso o contrario a la verdad. (...) conforme a lo prescrito en el artículo 1º del Código

Electoral uno de los principios basilares del objeto del mismo es el secreto del voto y la publicidad del escrutinio (3º). Así las cosas, la eventual omisión en la que haya podido el secretario de la comisión escrutadora en leer el registro de los documentos que fueron introducidos en el arca triclave, sí constituiría una mengua al principio de publicidad, pero a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no tendría la capacidad suficiente para afectar la validez o credibilidad de los registros de las respectivas mesas de votación, puesto que existen otros mecanismos y espacios de participación que resguardan esos valores, ya que en todo caso el escrutinio se realiza en audiencia pública, con la intervención de todos los actores políticos e institucionales, quienes están plenamente habilitados para formular las reclamaciones o peticiones que sean menester para asegurar la autenticidad y veracidad de lo manifestado por el pueblo en las urnas.

Es decir que la posible omisión al deber impuesto por la parte inicial del artículo 163 del C.E., a lo sumo sería de interés para los órganos que juzgan la conducta disciplinaria de los servidores públicos, pero no para la jurisdicción de lo contencioso administrativo al momento de juzgar la legalidad del respectivo acto de elección, debido a que ello no solo no constituiría una falsedad en los registros o formularios electorales, sino que tampoco afectaría de manera importante los principios de publicidad y contradicción, los cuales están mucho más asegurados desde que entró en vigor la Ley 1475 de 2011 que implementó medidas como iniciar al escrutinio inmediatamente después del cierre de la jornada electoral, el escaneo del formulario E-14 por parte de funcionarios de la RNEC y el uso de medios tecnológicos como cámaras fotográficas o de video por parte de los testigos electorales para obtener registros de los documentos electorales (Art. 41). (...) el escrutinio sí se cumplió en las 47 mesas que fueron informadas por la parte demandante, que se hizo con la debida publicidad y con observancia del principio de contradicción puesto que en algunos casos incluso se practicó recuento a la votación por iniciativa de los interesados. En fin, los principios de publicidad y contradicción fueron debidamente garantizados por la Comisión Escrutadora Auxiliar, quien se encargó de dar lectura a los documentos electorales en presencia de los candidatos, sus apoderados y los testigos electorales. Por tanto, el cargo no prospera.

**DOCUMENTOS ELECTORALES - La lista y registro de votantes o formulario E-11 no tiene carácter reservado/RESERVA DE DOCUMENTOS ELECTORALES - El código electoral establece que documentos tienen reserva**

(...) la Sala hace claridad en torno a que la Lista y registro de votantes o formulario E-11, documento en el que los jurados de votación deben anotar el nombre de las personas que se acercaron a ejercer su derecho al voto, no tiene carácter reservado como equivocadamente lo entiende la parte actora. Una revisión al Código Electoral lleva a establecer que únicamente tienen reserva: (i) las listas del personal de

oficiales, suboficiales y miembros de las distintas armas que los Comandantes de las Fuerzas Armadas deben suministrar a la RNEC; y (ii) las listas del personal de guardianes de las cárceles que deben elaborarse por parte del Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones con destino a la misma entidad. En estos casos el artículo 86 prevé que la información debe entregarse con tres meses de antelación para que sean excluidos de las listas de sufragantes. Del mismo modo, tienen reserva “las informaciones que reposen en los archivos de la Registraduría referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica”. (Art. 213 Ib.).

**FORMULARIO E11 - Contenido/FORMULARIO E24**  
**- Contenido/MAS VOTOS QUE VOTANTES - Falsedad electoral/FALESDAD ELECTORAL**  
**- Más votos que votantes/FALESDAD EN LOS REGISTROS ELECTORALES - La posibilidad de que resulten más votos que sufragantes supone necesariamente la intervención de manos fraudulentas**

La señora Blanca Oliva Casas cuestionó la legalidad de la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., con base en que en ciertas mesas de votación el número de votos computados resultó ser mayor al número de personas registradas en la mesa como sufragantes, es decir porque hubo más votos que votantes (E-11 < E-24). (...) el análisis del cargo pasa por comparar los guarismos con los que se totalizó tanto el formulario E-11 o Lista y registro de votantes, como el formulario E-24 mesa a mesa o acta parcial de escrutinio; en el primer caso porque allí se consigna el número total de personas que se presentó a la mesa a ejercer su derecho al voto, y en el segundo porque en el formulario E-24 mesa a mesa se anota el número definitivo de votos contabilizados en cada mesa de votación. Ya en materia, la Sala recuerda que la falsedad en los documentos o registros electorales, como causal de nulidad que es, asume diferentes formas. Una de ellas es la que denuncia la parte actora, consistente en que en una determinada mesa de votación resulta un mayor número de sufragios en el formulario E-24 con respecto al número de electores que se registró en el formulario E-11 o Lista y registro de votantes.

El anterior formulario, según lo previsto en el artículo 114 del C.E., es suministrado por la RNEC a los jurados de votación con el propósito de que una vez identificado el elector por medio de su cédula de ciudadanía, se le permita votar y simultáneamente sea registrado en esa lista de sufragantes. De otro lado, el artículo 142 de la misma obra, modificado por el artículo 16 de la Ley 6ª de 5 de enero de 1990, establece que “Los resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán constar en el acta [Formulario E-14], expresando los votos obtenidos por cada lista o candidato...”; y, el artículo 169 ibidem prevé que los resultados de los escrutinios anteriores realizados a nivel distrital y municipal “se harán constar en actas parciales, que expresarán en letras y números los votos

obtenidos por cada lista o candidato...”, actas que en la práctica corresponden al formulario E-24 que en principio debe coincidir con el formulario E-14. Como es de suponer, y bajo la regla de una persona un voto, que sin ninguna discusión materializa el principio de igualdad en la democracia participativa, el total de personas que concurran a votar y que sean anotadas en el formulario E-11 o Lista y registro de sufragantes, no puede ser superior al total de votos escrutados en la misma mesa de votación, aunque de hecho sí puede ser inferior porque de ordinario ocurre que los ciudadanos no votan por todas las autoridades a elegir. Si durante los escrutinios los jurados de votación observan que el número total de votos computados en el formulario E-24 es mayor al número total de sufragantes registrados en el formulario E-11, deben solucionar el impase en la forma dispuesta en el artículo 135 del C.E. Es decir, que todos los votos “se introducirán de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación, se sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente”, procedimiento del cual debe quedar constancia en el acta de escrutinio, en particular del número final de tarjetas electorales, que servirán para escrutinar en definitiva la mesa.

Empero, si en sede administrativa no se logra corregir la anterior anomalía, la misma puede servir de fundamento para alegar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la falsedad en los registros electorales, pues como se dijo arriba el ordenamiento jurídico no admite la posibilidad de que resulten más votos que sufragantes, ya que esos votos excedentes necesariamente serán el resultado de la intervención de manos fraudulentas. En los dos casos la situación es completamente normal, ya que no se presenta un mayor número de votos con respecto al total de votantes, por el contrario el número de sufragios es inferior al número de sufragantes, realidad que por no desconocer el principio una persona un voto conduce a la improsperidad del cargo.

Nota de Relatoría: Sentencias de 7 de diciembre de 2001, Exp. 2755. De 20 de mayo de 2010. Exp. 880012331000200800001-01. Demandado: Leandro Pájaro Balseiro. Demandado: Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. Sección Quinta.

**ACTA DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACIÓN O FORMULARIO E14 –Determina el número total de votos que fueron depositados en cada mesa/ FORMULARIO E14 CLAVEROS - Es diligenciado por los jurados de votación y se deposita en el arca triclave/FORMULARIO E14 DELEGADOS - Es diligenciado por los jurados de votación y se remite a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil/ACTA PARCIAL DE ESCRUTINIO O FORMULARIO E24 - Debe existir plena identidad entre los formularios E14 y E24/DIFERENCIAS ENTRE FORMULARIOS E14 Y E24 - Para la prosperidad del cargo las**

**diferencias no deben tener justificación en las actas de escrutinio/CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL - Falsedad/FALESDAD - Se presenta cuando los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales/FALESDAD - Se presenta cuando existen diferencias injustificadas entre los formularios E14 y E 24/FORMULARIO E14 CLAVEROS - Mérito probatorio debido a que la cadena de custodia es más estricta y por tanto reviste mayor credibilidad**

El proceso de escrutinio está compuesto por una cantidad importante de pasos que se van agotando en forma escalonada y cuya práctica se documenta en formatos cuyo diseño, elaboración, custodia y distribución le compete a la RNEC. Uno de los documentos a diligenciar en los escrutinios está a cargo de los jurados de mesa y corresponde al Acta de escrutinio de jurados de votación o formulario E-14, que se emplea para consignar los resultados del escrutinio de mesa, esto es los votos depositados por las diferentes opciones políticas, incluso las tarjetas no marcadas, los votos nulos y los votos en blanco. Del mismo se expiden dos ejemplares, que si bien deben reflejar igual contenido no siempre es así porque se diligencian por separado, uno con destino a los claveros para que lo introduzcan en el arca triclave y el otro para los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que en la actualidad también se denomina formulario E-14 de transmisión y que se escanea y publica en la página web de la entidad.

De igual modo, cuando el escrutinio pasa a manos de los integrantes de las comisiones escrutadoras auxiliares, zonales, municipales o distritales, según el caso, esos funcionarios deben diligenciar, entre otros documentos, el acta parcial de escrutinio o formulario E-24 mesa a mesa y por supuesto el acta general de escrutinio. Como el escrutinio a cargo de dichos funcionarios se debe surtir, en principio, con base en las actas de escrutinio de jurados de votación o formularios E-14, la regla es que haya plena identidad entre los votos computados en uno y otro documento, es decir que las opciones políticas deben figurar en el formulario E-24 con la misma votación que aparece en el formulario E-14. No obstante, puede suceder que al comparar el contenido de esos documentos electorales los guarismos no sean iguales, lo cual ocurre por las siguientes razones. En primer lugar, porque el Código Electoral prevé el recuento de las tarjetas electorales bajo precisas circunstancias, cuyo resultado puede ser la ratificación de lo anterior o la modificación del cómputo inicial, procedimiento que en todo caso debe hacerse constar en el acta general de escrutinio para dar cuenta de lo acaecido y explicar el cambio. Y en segundo lugar, porque las cifras hayan sido modificadas sin ninguna justificación válida, gracias a la intervención de personas interesadas en alterar ilegalmente la voluntad popular expresada en las urnas.

En la última situación se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 3º del CPACA, que hace nulas las elecciones porque los documentos electorales contienen registros que no coinciden con la realidad. Esta forma de falsedad, por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24. Además, la experiencia ha demostrado que a pesar del deber legal de que los dos ejemplares del formulario E-14 sean iguales en su contenido, suele ocurrir que entre ellos surgen algunas divergencias que hacen más complejo el análisis del cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, debido a que el proceso de comparación requiere como paso previo la definición del modelo con mayor mérito probatorio. La Sala zanjó esta discusión en reciente pronunciamiento, en el que analizó el mérito probatorio tanto del formulario E-14 Claveros como del formulario E-14 Delegados, y llegó a la conclusión de que la cadena de custodia del primero es mucho más estricta y que por tanto reviste mayor credibilidad. Lo concluido por la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre la preponderancia probatoria que tiene el Formulario E-14 Claveros respecto del Formulario E-14 Delegados solamente se aplica en los casos en que el operador jurídico cuente con los dos ejemplares y entre ellos existan diferencias en cuanto a los votos computados a las opciones políticas. Por ende, si dentro del acervo probatorio no se cuenta con el primero de esos documentos es viable que el fallador tome para el estudio la votación reportada en el formulario E-14 Delegados que conforme a lo previsto en el artículo 142 del C.E. (Mod. Ley 6/90 Art. 12), cuenta con los presupuestos de igualdad y validez respecto de su par.

Nota de Relatoría: Sobre la falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E14 Y E24. Sentencia de 10 de mayo de 2013. Rad.: 110010328000201000061-00 y otros. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República 2010-2014. M. P. Alberto Yepes Barreiro y sobre el valor probatorio del formulario E14 Claveros. Sentencia de 25 de agosto de 2011. Rad.: 110010328000201000045-00 y otro. Demandantes: Sandra Liliana Ortiz Nova y otro. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá. M. P. (E) Susana Buitrago Valencia. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta.

**PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO - Habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular cuando las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos**

La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a partir de lo normado en el artículo 1º numeral 3º del C.E., que trata lo relativo al principio de la eficacia del voto, diseñó en los procesos de nulidad electoral por causales objetivas una teoría encaminada a determinar el punto exacto en el que la presunción de legalidad del acto acusado se rompe, surgida del reto que representaba establecer cuál era el número de inconsistencias que se necesitaban para concluir que el acto

de elección acusado en verdad no beneficiaba al demandado o demandados sino a otro u otros. Esa teoría se hizo indispensable porque en el contexto democrático colombiano el acto administrativo por medio del cual se declara una elección por votación popular, es el producto de la aplicación de un sistema de representación proporcional para proveer los cargos en las corporaciones públicas, o de un sistema de representación mayoritaria para escoger a quienes se desempeñarán en los cargos unipersonales. Y, porque en ambos casos no basta con acreditar la existencia de cualquier cantidad de falsedades sino de una de magnitud tal que tenga la capacidad que se requiere para modificar el resultado consignado en el acto cuestionado.

Esta jurisprudencia fue positivizada con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que en el artículo 287 se estableció como presupuesto de la sentencia anulatoria del acto de elección popular, lo siguiente: “Para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando el juez establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos”. Por lo mismo, en situaciones como esta, en la que las falsedades probadas son de incidencia particular, pues están focalizadas en la votación de candidatos debidamente individualizados, la decisión de anular o no el acto censurado pasa por ajustar la votación válida en los precisos términos en que se probó la falsedad, esto es agregando los votos que hayan sido indebidamente suprimidos, y restando los votos que sin ningún motivo legal hayan sido adicionados.

Nota de Relatoría: Sentencia de 22 de mayo de 2008. Expediente: 110010328000200600119-00 (4060-4068). Demandante: Wilmer Fernando Mendoza Ramírez y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por La Guajira. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. Sección Quinta.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -  
Contra el acto de elección de Representante a la  
Cámara por Bogotá, D. C./NULIDAD ELECCIÓN  
DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Registros  
electorales falsos o apócrifos**

En la audiencia inicial practicada el 6 de mayo de 2015 la fijación del litigio, que allí mismo cobró firmeza, se hizo en los siguientes términos: “El Consejero ponente, una vez examinadas las demandas y las contestaciones oportunamente presentadas dentro de los procesos acumulados, observó que el objeto de este medio de control de nulidad electoral es juzgar la legalidad de la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período 2014-2018, contenida en el Formulario E-26CAM de 1º de abril de 2014, expedido por los delegados del CNE. (...) de lo expuesto la Sala colige que hay lugar a anular el acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), con ocasión de las demandas interpuestas por los señores Blanca Oliva Casas (201400048) y

Andrés Felipe Villamizar Ortiz (201400064), y los demás actos administrativos que se cuestionaron con la última, ya que con las mismas se probó que la votación de dos de los candidatos del Partido Liberal Colombiano fue objeto de falsedad, en el caso del señor Villamizar Ortiz (111) porque padeció una merma injustificada de 241 votos, y en el caso del señor Lozada Vargas (102) porque sin ninguna explicación le adicionaron 19 votos. Por tanto, la nulidad se limitará a la elección de Juan Carlos Lozada Vargas, candidato 102 del Partido Liberal Colombiano, a quien se le cancelará la credencial que le fue entregada por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C. Y, en su lugar se declarará la elección de Andrés Felipe Villamizar Ortiz, candidato 111 del mismo partido político, como Representante a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), a quien una vez en firma se le entregará la respectiva credencial. En cambio, se negarán las pretensiones de la demanda instaurada por Henry Hernández Beltrán (201400062), porque si bien se probó que hubo falsedades en la votación al interior de la lista inscrita por el Partido Conservador Colombiano, dado que al candidato Telésforo Pedraza Ortega (101) le adicionaron injustificadamente 9 votos y porque al candidato Jairo Gómez Buitrago (102) le descontaron sin ninguna explicación 25 votos, ello no produce ninguna modificación en el acto de elección ni en cuanto al número de curules obtenidas por esa organización, ni por las personas que resultaron beneficiadas con las mismas.

Además, se proferirá fallo inhibitorio sobre la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 “Por medio del cual (sic) se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.”, ya que no adoptó ninguna decisión de fondo frente a los escrutinios y porque se limitó a declarar el agotamiento del requisito de procedibilidad. Por último, se ordenará remitir copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00062-00

Actor: Henry Hernández Beltrán y otros

Demandado: Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C.

Profiere la Sala sentencia de única instancia dentro de los procesos electorales acumulados interpuestos por los señores Blanca Oliva Casas (201400048), Henry Hernández Beltrán (201400062) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (201400064), cuyo trámite se cumplió en su totalidad.

## I. PRETENSIÓN COMÚN

En todos los procesos acumulados se solicita la nulidad del formulario E26-CAM generado el 1º de abril de 2014 por la Comisión Escrutadora General, por medio del cual se declaró la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período constitucional 2014-2018, doctores María Fernanda Cabal Molina, Carlos Germán Navas Taleró, Carlos Eduardo Guevara Villabón, Ángela María Robledo Gómez, Rodrigo Lara Restrepo, Telésforo Pedraza Ortega, Clara Leticia Rojas Gonzalez, Esperanza María Pinzón de Jiménez, Juan Carlos Lozada Vargas, Tatiana Cabello Flórez, Edward David Rodríguez Rodríguez, Olga Lucía Velásquez Nieto, Samuel Alejandro Hoyos Mejía, Carlos Arturo Correa Mojica, Inti Raúl Asprilla Reyes, Alirio Uribe Muñoz, Efraín Antonio Torres Monsalvo y Angélica Lisbeth Lozano Correa.

## II. HECHOS COMPARTIDOS POR LAS PARTES

En la audiencia inicial llevada a cabo el 6 de mayo de 2015 se estableció, y así lo aceptaron las partes con su silencio, que las mismas estuvieron de acuerdo en torno a los siguientes supuestos de hecho:

"1. Que los señores Juan Carlos Lozada Vargas (102) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) fueron inscritos por el Partido Liberal Colombiano ante la RNEC como candidatos a la Cámara de Representantes por Bogotá, D. C. (2014-2018)<sup>1</sup>.

2. Que el 9 de marzo de 2014 se realizaron las elecciones para Congreso de la República<sup>2</sup>.

3. Que el escrutinio comenzó el 9 de marzo de 2014 y durante su desarrollo en las instalaciones de Corferías se expidieron las Resoluciones 03, 04 y 015 del mismo mes y año por parte de la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., y 01 y 03 de abril siguiente por la Comisión Escrutadora General. En la misma fecha se instaló la Comisión Escrutadora Distrital, quien suspendió actividades hasta el 14 de marzo de 2014, cuando reanudó el escrutinio y precisó que las reclamaciones se recibirían al día siguiente de cada sesión y que serían resueltas al cabo del escrutinio total de la circunscripción de Bogotá, D. C.<sup>3</sup>.

4. Que el 18 de marzo se reanudó el escrutinio distrital con la lectura de los resultados de las Comisiones Auxiliares de Santafé, Antonio Nariño, La Candelaria y Tunjuelito, el cual se suspendió hasta el 20 de los mismos<sup>4</sup>.

5. Que el 20 de marzo de 2014 se dio lectura a los escrutinios de las comisiones auxiliares de Chapinero, Rafael Uribe Uribe, Los Mártires, Barrios Unidos, Bosa, Teusaquillo, Ciudad Bolívar, Usaquén, Puente Aranda, Corferías, Cárceles, San Cristóbal y Usme, lo cual se suspendió hasta el 22 siguiente<sup>5</sup>.

6. Que el 22 de marzo de 2014 continuó el escrutinio distrital con la lectura de los resultados de las comisiones auxiliares de Fontibón, Engativá, Suba y Kennedy, que se suspendió hasta el 27 del mismo mes y año<sup>6</sup>.

7. Que el 27 de marzo de 2014 se reanudó el escrutinio distrital, el cual se suspendió hasta el 31 de los mismos. En esta fecha se decidieron las apelaciones formuladas contra las Resoluciones 01 a 13 de 31 de marzo de 2014 de las Comisiones Escrutadoras Auxiliares<sup>7</sup>.

8. Que la Comisión Escrutadora Distrital con la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 decidió: (i) Acumular las reclamaciones presentadas por Andrés Felipe Villamizar Ortiz por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24; (ii) Negar las reclamaciones, y (iii) Conceder el recurso de apelación. En esta fecha concluyó el escrutinio distrital e inició el escrutinio general, que se suspendió hasta el 1º de abril de 2014.<sup>8</sup> En esta fecha terminó el escrutinio distrital<sup>9</sup>.

9. Que el 31 de marzo de 2014 la Comisión Escrutadora Distrital decidió las apelaciones formuladas contra las Resoluciones 01 a 13 de la misma fecha, dictadas por las Comisiones Escrutadoras Auxiliares<sup>10</sup>.

10. Que la Resolución 015 de la Comisión Escrutadora Distrital, que negó las irregularidades denunciadas por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 respecto de la votación de los candidatos Juan Carlos Lozada Vargas y Andrés Felipe Villamizar Ortiz, fue confirmada por medio de la Resolución 001 de 1º de abril de 2014, emitida por la Comisión Escrutadora General<sup>11</sup>.

1 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 506). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 524). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 537).

2 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400048 C. 1º fl. 610). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400048 C. 1º fl. 630). Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400062 C. 1º fl. 538). Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 506). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 524). Contestación de Carlos Eduardo Guevara Villabón (Exp. 201400064 C. 1º fl. 528). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 557).

3 Contestación de Clara Leticia Rojas González (C. 1º fl. 610). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400048 C. 1º fl. 630). Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400062 C. 1º fl. 538). Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505).

506). Contestación de Carlos Eduardo Guevara Villabón (Exp. 201400064 C. 1º fl. 528). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 537).

Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 524).  
4 Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 538).  
5 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525).  
Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 538).  
6 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525).  
Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 538).  
7 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525).  
Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 539).  
8 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525).  
9 Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 539).  
10 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505).  
11 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505).

11. Que el señor Andrés Felipe Villamizar Ortiz presentó ante la Comisión Escrutadora General solicitud de saneamiento de nulidades electorales y agotamiento del requisito de procedibilidad por la supuesta alteración en la votación de los candidatos Juan Carlos Lozada Vargas y Andrés Felipe Villamizar Ortiz<sup>12</sup>.

12. Que la Comisión Escrutadora General dictó la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 para declarar agotado el requisito de procedibilidad por cuenta del señor Andrés Felipe Villamizar Ortiz<sup>13</sup>.

13. Que la Comisión Escrutadora General, por medio del Auto 006 de 1º de abril de 2014, se inhibió de conocer la petición de saneamiento en cita<sup>14</sup>.

14. Que la elección acusada se declaró por medio del formulario E-26CAM de 1º de abril de 2014, expedido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.<sup>15</sup>.

15. Que la demanda de Blanca Oliva Casas se interpuso antes de que se configurara la caducidad<sup>16</sup>.

### III. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En la audiencia inicial practicada el 6 de mayo de 2015 la fijación del litigio, que allí mismo cobró firmeza, se hizo en los siguientes términos:

“El Consejero ponente, una vez examinadas las demandas y las contestaciones oportunamente presentadas dentro de los procesos acumulados, observó que el objeto de este medio de control de nulidad electoral es juzgar la legalidad de la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período 2014-2018, contenida en el Formulario E-26CAM de 1º de abril de 2014, expedido por los delegados del CNE, con base en los siguientes cargos:

1. El cargo denominado “Mesas no escrutadas”, formulado frente a las siguientes mesas de votación<sup>17</sup>:

Zona	Puesto	Mesa
10	17	003
10	17	004
10	17	014
10	17	017
10	18	001
10	18	002
10	18	003
10	18	006
10	18	015
10	18	030
10	18	032
10	19	004
10	19	005
10	19	008
10	19	011
10	19	015
10	19	016
10	19	017
10	19	020
10	19	022
10	19	026
10	20	002
10	20	003
10	20	012
10	20	019
10	20	021
10	20	023
10	20	032
10	20	036
10	21	005
10	21	021
10	22	001
10	22	002
10	22	005
10	22	010
10	22	016
10	22	017
10	22	019
10	23	003
10	23	007
10	23	008
10	23	015
10	23	019
10	24	004

12 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525).

13 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505).

14 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 540).

15 Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 540).

16 Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400048 C. 1º fl. 630). Contestación de Clara Leticia Rojas González (Exp. 201400064 C. 1º fl. 505). Contestación de Olga Lucía Velásquez Nieto (Exp. 201400064 C. 1º fl. 525). Contestación de Juan Carlos Lozada Vargas (Exp. 201400064 C. 1º fl. 541).

17 Expediente 201400048.

Zona	Puesto	Mesa
10	24	006
10	24	010
10	24	011

2. El cargo denominado "Mesas con más votos que sufragantes", formulado frente a las siguientes mesas de votación<sup>18</sup>:

Zona	Puesto	Mesa
15	03	018
15	11	002

3.- El cargo denominado "Mesas con apocriofidad en los registros del E-24 y que se consolidó (sic) en el formulario E-26 de Declaración de elección", formulado por supuestas adulteraciones a los votos depositados a favor de los candidatos del Partido Liberal Colombiano, señores Juan Carlos Lozada Vargas (102) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111), frente a las siguientes mesas de votación<sup>19</sup>:

Zona	Puesto	Mesa
08	16	029
11	02	085
90	01	006
90	01	027

4. El cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 respecto a los votos depositados a favor de los candidatos del Partido Conservador Colombiano, señores Telésforo Pedraza Ortega (101) y Jairo Gómez Buitrago (102), en las siguientes mesas de votación<sup>20</sup>:

Z	P	M
04	12	012
04	22	004
04	27	008
04	27	017
05	03	005
05	03	010
05	06	001
05	06	035
05	10	014
05	13	018
06	02	034
07	13	002

Z	P	M
08	12	019
08	19	003
08	26	006
08	27	011
09	01	054
09	02	018
09	11	009
10	23	015
10	25	003
10	25	020
10	25	021
10	33	014
11	17	017
11	17	030
11	17	042
11	17	047
11	31	041
12	01	022
13	01	014
16	06	011
16	24	006
18	02	007
19	12	025
04	12	020
05	03	003
05	06	051
05	13	018
06	02	011
06	07	006
07	16	003
08	19	018
08	20	005
09	01	006
09	01	015
10	16	003
10	25	021
10	39	010
12	08	009
14	03	010
14	03	012

18 Expediente 201400048.

19 Expediente 201400048.

20 Expediente 201400062.

Z	P	M
16	06	038
16	19	007
16	24	005
18	02	007
18	23	017

5. Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 "Por medio de la cual se resuelven unas Reclamaciones presentadas ante la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.", expedida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.<sup>21</sup>

6. Resolución 001 de 1º de abril de 2014 "Por medio de la cual se resuelven unos Recursos de Apelación contra la Resolución No. 15 del 31 de marzo de 2014 proferida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.", dictada por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.<sup>22</sup>

7. Resolución 003 de 1º de abril de 2014 "Por medio de la cual se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.", proferida por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.<sup>23</sup>

8. Auto 006 de 1º de abril de 2014 "Por medio del cual se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.", emitido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.<sup>24</sup>

9. El cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 respecto a los votos depositados a favor de los candidatos del Partido Liberal Colombiano Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) y Juan Carlos Lozada Vargas (102), en las siguientes mesas de votación<sup>25</sup>:

Cuadro N° 1

Z	P	M
01	01	024
01	02	012
01	03	021
01	04	019
01	05	012
01	08	051
01	08	078

21 Expediente 201400064.

22 Expediente 201400064.

23 Expediente 201400064.

24 Expediente 201400064.

25 Expediente 201400064.

Z	P	M
01	12	023
01	12	116
01	13	025
01	17	021
02	03	031
02	04	015
02	09	023
03	01	011
03	04	019
03	06	013
03	09	016
04	05	025
04	06	005
04	08	006
04	08	020
04	16	056
04	24	006
04	27	006
05	07	022
05	13	005
06	05	003
06	07	024
07	01	028
07	06	077
07	08	011
07	13	011
07	13	012
07	25	002
08	01	005
08	02	002
08	06	019
08	07	020
08	16	036
08	19	022
08	22	023
08	30	013
08	50	006
09	01	032
09	05	006
09	11	002

Z	P	M
09	13	023
09	17	014
10	02	070
10	02	074
10	02	078
10	02	080
10	02	083
10	11	005
10	11	039
10	13	033
10	13	052
10	18	035
10	23	013
10	23	024
10	26	009
10	31	010
10	40	001
11	01	037
11	01	057
11	02	013
11	04	007
11	04	030
11	08	058
11	09	014
11	10	018
11	12	015
11	21	007
11	24	009
11	24	011
11	24	014
12	01	002
12	06	034
12	09	004
13	04	017
13	07	001
14	04	006
14	08	010
15	02	006
15	03	010
15	04	001

Z	P	M
15	05	026
15	05	029
15	12	009
16	01	025
16	01	028
16	01	033
16	02	012
16	02	019
16	04	007
16	16	003
16	16	019
16	17	002
16	22	017
16	23	010
17	01	007
18	01	028
18	01	032
18	02	017
18	06	003
18	07	003
18	07	004
18	07	005
18	14	014
18	15	009
18	21	017
18	25	006
18	28	003
19	06	001
19	08	023
19	13	020
19	20	018
19	22	002
19	30	005
19	32	006
90	01	006
90	01	019
90	01	444

Cuadro N° 2

Z	P	M
01	08	057
01	15	016
01	21	004
02	01	044
02	04	024
02	06	001
02	11	025
02	15	009
03	07	001
03	07	006
04	10	001
04	16	056
04	17	004
05	03	018
05	18	006
05	21	003
06	02	014
06	02	026
06	07	024
07	02	006
07	06	012
07	07	045
07	08	011
07	16	010
07	27	001
08	05	025
08	15	009
08	16	050
08	17	011
08	23	012
08	25	016
08	27	005
08	29	015
08	50	007
09	11	012
10	36	004
10	40	061
11	08	028
11	08	031

Z	P	M
11	09	011
11	11	086
11	21	007
11	24	008
11	25	052
11	26	067
11	30	002
12	04	002
12	09	013
13	04	011
13	04	017
13	10	050
15	01	020
15	05	019
15	11	001
16	13	041
18	02	022
18	18	018
18	20	036
18	32	004
19	24	004

Y, para adelantar el juicio de legalidad precisó el Consejero ponente que debían absolverse estos interrogantes:

La elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período 2014-2018, está viciada de nulidad porque:

i) ¿Supuestamente ciertas mesas de votación no fueron escrutadas o se omitió cumplir lo prescrito en los artículos 163 y 169 del Código Electoral?

ii) ¿Supuestamente en ciertas mesas de votación se registraron más votos que sufragantes?

iii) ¿Supuestamente en ciertas mesas de votación se presentó apocrificidad en los registros del formulario E-24 que se consolidó en el formulario E-26CAM que declaró la elección acusada?

iv) ¿Supuestamente se adulteraron los votos obtenidos por los candidatos del Partido Conservador Colombiano Telésforo Pedraza Ortega (101) y Jairo Gómez Buitrago (102), por cambios injustificados a nivel de los formularios E-14 y E-24 en ciertas mesas de votación?

v) ¿Supuestamente la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014, dictada por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., y la Resolución 001 de 1º de abril de 2014 proferida por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., se expidieron con falsa motivación?

vi) ¿Supuestamente la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 expedida por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., y el Auto 006 de 1º de abril de 2014 emitido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., violaron lo dispuesto en los artículos 237 y 265 de la Constitución y 41 y 43 del CPACA?

vii) ¿Supuestamente el Auto 006 de 1º de abril de 2014 emitido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., se profirió con desconocimiento del debido proceso consagrado en los artículos 29 Constitucional, 12, 166, 168 y 180 del Código Electoral y 74 del CPACA?

viii) ¿Supuestamente la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 y el Auto 006 de 1º de abril de 2014 emitidos por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., se dictaron con violación del debido proceso previsto en los artículos 29 Superior y 42 del CPACA, porque no fueron respondidas todas las peticiones dirigidas a esa comisión?

ix) ¿Supuestamente se adulteraron los votos obtenidos por los candidatos del Partido Liberal Colombiano Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) y Juan Carlos Lozada Vargas (102), por cambios injustificados a nivel de los formularios E-14 y E-24 en ciertas mesas de votación?

#### IV. TRÁMITE DE LOS PROCESOS ACUMULADOS

1. La señora Blanca Oliva Casas (201400048), quien está representada por abogada titulada, radicó su demanda con escrito presentado el 7 de mayo de 2014<sup>26</sup>. El 16 de los mismos<sup>27</sup> fue inadmitida con auto en el que se resaltaron los defectos de tipo formal que fueron hallados. La subsanación la presentó su apoderada con dos documentos radicados el 23 de mayo de 2014; uno, con el que explicaba los términos en que se corrigió la demanda<sup>28</sup>, y el otro, mediante el cual se presentó debidamente integrado ese texto<sup>29</sup>. Por medio del auto de 29 de agosto de 2014<sup>30</sup> se dispuso inaplicar el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 161 numeral 6º del CPACA, rechazar la demanda frente a ciertos cargos, admitirla en cuanto a otros y ordenar las notificaciones previstas en la ley.

La apoderada judicial de la accionante, con escrito allegado el 5 de septiembre de 2014<sup>31</sup>, interpuso recurso de reposición en contra del rechazo parcial de la demanda. El ponente advirtió con auto de 3 de octubre siguiente que ese no era el recurso procedente y por ello lo ordenó tramitar como súplica<sup>32</sup>. Así, las demás integrantes de la Sala confirmaron la providencia suplicada con auto de 4 de diciembre de 2014<sup>33</sup>, y dejaron sentada su posición sobre no compartir la tesis asumida por el ponente de inaplicar la norma procesal que contempla el requisito de procedibilidad, pues desde su perspectiva sí es exigible, conforme a la siguiente conclusión:

"Así las cosas, para la Sala no cabe duda que el nuevo escenario constitucional que acoge los avances en materia electoral, de participación política y de control judicial respecto a estas controversias, impone de manera general un requisito de procedibilidad cuando se pretenda impugnar elecciones populares con fundamento en irregularidades acaecidas en la etapa electoral y de escrutinios.

Las anteriores disertaciones de la Sala dual permiten entender que la previsión constitucional del requisito de procedibilidad contenida en el parágrafo del artículo 237 constitucional y su homólogo del numeral 6 del artículo 161 del CPACA responden en un todo a la parte sustantiva y a la parte procesal del presupuesto procesal, aplicable en la actualidad por decisión mayoritaria de la Sala de la Sección Quinta desde que fue previsto en la Constitución Política a las demandas de nulidad electoral por voto popular basadas en causales objetivas".

Ahora bien, independientemente de la necesidad de la exigencia del requisito de procedibilidad plasmada en dicha providencia y que constituye la posición mayoritaria de la Sala, ello en nada incide en el presente proceso por cuanto como en él quedó establecido, los demandantes ciertamente dieron cumplimiento a ese presupuesto, siendo inane para la Sala, por ende, cualquier pronunciamiento sobre el particular en el presente proceso.

Sin embargo, el cumplimiento del requisito de procedibilidad dentro de la presente *litis* es tan palmario que fijada la lista en la audiencia inicial no se formuló ningún reparo frente a ello, ni respecto a los casos de falsedad denunciados ni a las mesas de votación donde se dice que tuvieron lugar.

Posteriormente se profirió el auto de 26 de enero de 2015<sup>34</sup> con el cual se tuvo por contestada la demanda por parte de algunos Representantes, se reconoció personería a sus apoderados y se ordenó mantener el expediente en secretaría a la espera de su acumulación.

26 Exp. 201400048 C. 1º fls. 2 a 74.

27 Exp. 201400048 C. 1º fls. 244 a 248.

28 Exp. 201400048 C. 1º fls. 257 a 264.

29 Exp. 201400048 C. 1º fls. 265 a 355.

30 Exp. 201400048 C. 1º fls. 434 a 478.

31 Exp. 201400048 C. 1º fls. 506 a 508.

32 Exp. 201400048 C. 1º fl. 590.

33 Exp. 201400048 C. 1º fls. 644 a 658.

34 Exp. 201400048 C. 1º fls. 689 y 690.

La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), con escrito presentado por su apoderada el 23 de septiembre de 2014<sup>35</sup>, contestó la demanda y para ello propuso la excepción de *"Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva"*, la cual fue desestimada en la audiencia inicial realizada el 6 de mayo de 2015<sup>36</sup>.

El Representante a la Cámara doctor EFRAÍN ANTONIO TORRES MONSALVO, con escrito radicado por su apoderado el 9 de octubre de 2014<sup>37</sup>, le dio respuesta a la demanda. En cuanto al cargo denominado *"Mesas no escrituradas"*, señaló que la demandante hace una lectura incorrecta de los artículos 163 y 169 del C.E., porque lo dispuesto en estas normas es dejar constancia de las irregularidades que se detecten sobre el estado de los sobres, frente a las cuales es preciso practicar recuento de votos; además consideró que no se presenta ningún vicio por el hecho de no dejar constancia de la lectura de las actas de escrutinio diligenciadas por los jurados de votación, ya que si los resultados se consignaron en el formulario E-24 es porque en verdad se les dio lectura.

Sobre el cargo llamado *"Mesas con más votos que sufragantes"*, sostuvo que su improperidad se deriva del hecho de no estar fundamentado en los formularios E-11, E-14 y E-24, dado que la demandante admitió que esos documentos no le fueron suministrados por las autoridades electorales.

En lo relativo al cargo intitulado *"Mesas con apocricidad en los registros del E-24 y que se consolidó (sic) en el formulario E-26 de Declaración de elección"*, la defensa esgrime el mismo argumento empleado contra el cargo anterior.

Por último, el apoderado del Representante en mención se refirió al cargo relativo a entrega extemporánea de mesas de votación, sobre lo cual la Sala no hará síntesis alguna debido a que la demanda se rechazó en esa parte y, por lo mismo, no fue incluido en la fijación del litigio al practicar la audiencia inicial.

La Representante a la Cámara, doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, contestó la demanda por medio de apoderada con escrito radicado el 10 de octubre de 2014<sup>38</sup>, con el que se opuso a lo pretendido.

La apoderada propuso la excepción de *"Inexistencia de documentos falsos o apócrifos"*, que sustentó en torno a la configuración normativa del principio de eficacia del voto en el Código Electoral y en extensas transcripciones de lo dicho sobre el mismo y sobre la respectiva causal de falsedad por la doctrina y la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

La Representante a la Cámara, doctora OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ NIETO, contestó la demanda por medio de apoderada judicial

con escrito presentado el 16 de octubre de 2014<sup>39</sup>, en el que fijó su total oposición a lo pretendido.

En lo atinente al cargo llamado *"Mesas no escrituradas"* expresó que en la demanda no se identificó en cada caso la reclamación formulada ni los actos que se profirieron al respecto, que de existir debieron demandarse. Agregó que si bien en la demanda se informó que la reclamación fue decidida en primera instancia con la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital *"más surgen dudas al no ser sujeto de recurso de forma posterior en la instancia correspondiente"*, a lo que se suma el hecho que pueden darse algunas novedades en la primera instancia. Después de copiar jurisprudencia relativa a la materia sostuvo que *"la presunta falta de escrutinio de las mesas admitidas en la demanda no modificaría los resultados electorales validados en la actuación administrativa electoral"*.

Frente al cargo de *"Mesas con más votos que sufragantes"*, la abogada expresó *"que nuevamente el accionante (sic) presenta una relación de mesas de donde no se acredita la presentación en tiempo y de manera real del recurso de alzada"*. Agregó que en las dos mesas en que se admitió el cargo no se introdujo como punto de comparación lo consignado en el formulario E-11, y que lo pretendido es confundir a la Sala al sostener que en los formularios E-14 aparecen 0 votantes. De la mesa 15-11-02 dice que no se presentó reclamación y por ello fue negada en la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014. Después se refirió a las mesas de votación frente a las cuales se rechazó la demanda, motivo por el cual resulta innecesario aludir a ello. Además, informó que la RNEC por medio de la Resolución 1625 de 11 de febrero de 2014 fijó el número máximo de sufragantes por mesa de votación en los distritos, municipios y zonas, lo cual en su opinión *"demuestra que en ninguna de las zonas, puestos y mesas enunciados por el accionante se superó el número de votantes establecido por la Registraduría Nacional"*. Por último, dijo oponerse a la prosperidad de este cargo porque *"de las mesas admitidas en la demanda no modificaría los resultados electorales validados en la actuación administrativa electoral"*.

Referente al cargo llamado *"Mesas con apocricidad en los registros del E-24 y que se consolidó (sic) en el formulario E-26 de Declaración de elección"*, señaló que sobre cada caso se indica la reclamación pero no los actos que dictaron las autoridades electorales. Expresó en forma contradictoria que se quieren revivir oportunidades vencidas en la instancia administrativa. Enseguida se refirió al deber de impugnar la legalidad de los actos proferidos por las autoridades electorales y al presupuesto de determinación de cargos, para culminar afirmando, sin más, que *"de las mesas admitidas en la demanda no modificaría los resultados electorales validados en la actuación administrativa electoral"*.

Igualmente, se pronunció la apoderada sobre el cargo atinente a la entrega extemporánea de mesas de votación, sin que la Sala

35 Exp. 201400048 C. 1º fls. 572 a 577B.

36 Exp. 201400062 C. 1B fls. 671 a 710.

37 Exp. 201400048 C. 1º fls. 599 a 602.

38 Exp. 201400048 C. 1º fls. 604 a 612.

39 Exp. 201400048 C. 1º fls. 617 a 632.

tenga que hacer síntesis sobre ello porque, según se dijo arriba, la demanda rechazó ese cargo y, por ende, en la fijación del litigio no se incluyó este reparo.

A pesar que la apoderada sostuvo que las Resoluciones 015 de 31-III-14 de la Comisión Escrutadora Distrital y 001 de 01-IV-14 de la Comisión Escrutadora General "no hace[n] referencia a los cargos mencionados y mucho menos a las apelaciones que se han invocado por parte del accionante", a renglón seguido dijo de manera contradictoria que si bien esos reparos fueron denegados con la Resolución 015 en cita, la existencia de la mencionada Resolución 001 no demostraba que la anterior fue objeto de apelación, "puesto que con el último se resolvió la apelación de unas reclamaciones diferentes a las que se invocan en este medio de control".

El Representante a la Cámara doctor CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABÓN contestó la demanda en nombre propio con documento que presentó el 16 de octubre de 2014<sup>40</sup>. En oposición a las pretensiones formuló la excepción denominada "La actora no prueba y demuestra que las irregularidades tienen la entidad de modificar el resultado electoral que varíe (sic) la composición de las listas y candidatos declarados electos", la que sustentó en que la demandante no satisfizo la carga de demostrar que las irregularidades alegadas tenían la capacidad de mutar el acto de elección.

El Representante a la Cámara doctor TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA confirió poder a abogada titulada<sup>41</sup>, pero no contestó la demanda.

2. El señor HENRY HERNANDEZ BELTRÁN (201400062), en forma personal y con escrito radicado el 20 de mayo de 2014<sup>42</sup>, impetró demanda de nulidad electoral contra la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. Se inadmitió con auto de 26 de mayo de 2014<sup>43</sup> porque se advirtieron algunas inconsistencias de forma. El escrito de subsanación se radicó el 30 de mayo de 2014<sup>44</sup>. Mediante auto calendarado el 29 de agosto de 2014<sup>45</sup> se dispuso inaplicar por inconstitucional el requisito de procedibilidad con asiento en el artículo 161 numeral 6º del CPACA, rechazar la demanda frente a los actos acusados –salvo el de elección– y admitirla en cuanto a los casos de falsedad que sí fueron determinados y que no quedaron cobijados por la caducidad que se declaró por tratarse de cargos nuevos, además se ordenaron las notificaciones respectivas. En contra de la decisión de rechazo parcial de la demanda el demandante interpuso recurso de súplica con escrito presentado el 5 de septiembre de 2014<sup>46</sup>. Las demás integrantes de la Sala dictaron el auto de 4 de diciembre de 2014<sup>47</sup>, con el cual confirmaron la decisión recurrida, pero al igual que en la demanda formulada por BLANCA OLIVA CASAS (201400048), dedicaron un capítulo

previo a explicar por qué la mayoría de los integrantes de la Sala determinó que sí es exigible el requisito de procedibilidad adoptado con el Acto Legislativo 01 de 2009 y acogido por el CPACA, como ya se precisó arriba.

La apoderada judicial designada por la RNEC, con escrito presentado el 23 de septiembre de 2014<sup>48</sup>, propuso la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva, que fue desestimada en la audiencia inicial.

La apoderada de la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ contestó la demanda con escrito allegado el 8 de octubre de 2014<sup>49</sup>, con el cual se opuso a lo pretendido. En defensa del acto acusado se limitó a decir que su inscripción se surtió conforme a lo prescrito en la Ley 1475 de 2011 y que los delegados del Consejo Nacional Electoral (CNE) no transgredieron el debido proceso ni el derecho de contradicción al rechazar *in limine* la reclamación formulada con base en el artículo 192 numeral 9º del C.E.

El apoderado judicial del Representante doctor EFRÁIN ANTONIO TORRES MONSALVO, con escrito radicado el 8 de octubre de 2014<sup>50</sup>, respondió la demanda. Solicitó que antes de hacerse cualquier pronunciamiento de fondo sobre los cargos de la demanda, se haga una revisión de los documentos electorales.

El Representante doctor TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA confirió poder a abogada titulada pero no contestó la demanda<sup>51</sup>.

El 23 de enero de 2015<sup>52</sup> se profirió auto con el cual se reconoció personería a los abogados de la defensa, se tuvo por contestada en tiempo la demanda por parte de ellos y se ordenó enviar el proceso a secretaría para su posterior acumulación.

La acumulación de los procesos se decretó con auto signado el 5 de febrero de 2015<sup>53</sup>, que igualmente ordenó el sorteo del Consejero ponente. La diligencia tuvo lugar el 17 de los mismos<sup>54</sup>, en la que por azar se asignó la elaboración de la ponencia. Enseguida se dictó el auto de 27 de febrero<sup>55</sup>, con el que se reconoció personería a otros apoderados, se tuvo por oportunamente contestada la demanda en los otros procesos acumulados y se ordenó a la secretaría que pasara el proceso al despacho para fijar fecha y hora para la práctica de la audiencia inicial. El 16 de abril de 2015<sup>56</sup> se profirió el auto con el que se programó la audiencia inicial para el 6 de mayo siguiente, a las 10:00 a.m., la que en efecto tuvo lugar en esa fecha<sup>57</sup>. Allí se resolvió en forma negativa la excepción previa de Falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso la RNEC, se determinó que no había lugar a saneamiento alguno, se

48 Exp. 201400062 C. 1A fls. 519 a 525.

49 Exp. 201400062 C. 1A fls. 536 a 539.

50 Exp. 201400062 C. 1A fls. 541 y 542.

51 Exp. 201400062 C. 1A fl. 543.

52 Exp. 201400062 C. 1A fls. 559 y 560.

53 Exp. 201400062 C. 1A fls. 580 a 583.

54 Exp. 201400062 C. 1A fls. 613 y 614.

55 Exp. 201400062 C. 1A fls. 616 y 617.

56 Exp. 201400062 C. 1A fl. 645.

57 Exp. 201400062 C. 1B fls. 671 a 710.

40 Exp. 201400048 C. 1º fls. 635 a 639.

41 Exp. 201400048 C. 1º fl. 659.

42 Exp. 201400062 C. 1A fls. 1 a 30.

43 Exp. 201400062 C. 1A fls. 245 a 247.

44 Exp. 201400062 C. 1A fls. 254 a 296.

45 Exp. 201400062 C. 1A fls. 405 a 443.

46 Exp. 201400062 C. 1A fls. 452 a 466.

47 Exp. 201400062 C. 1A fls. 501 a 512.

establecieron los hechos compartidos por las partes, se fijó el litigio en los términos ya indicados en esta providencia, se decretaron las pruebas regular y oportunamente solicitadas por las partes, se decidió que el proceso en lo sucesivo se conduciría en forma escritural, razón por la cual las pruebas serían dadas en traslado por el término de 5 días, a cuyo fin comenzaría a correr el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión y el agente del Ministerio Público rindiera concepto.

El 2 de julio de 2015<sup>58</sup> se profirió auto con el que se negó lo pedido por el apoderado del señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ, quien echaba de menos unas pruebas que ya obraban en el plenario; igualmente se ordenó que por secretaría se surtiera el traslado para alegar, el que una vez se cumplió dio lugar a que el proceso pasara al Despacho para dictar sentencia.

3. El señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR (201400064), por medio de abogado titulado y con escrito presentado el 21 de mayo de 2014<sup>59</sup>, formuló demanda de nulidad en contra de la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. El 3 de julio de 2014<sup>60</sup> se profirió el auto con el que se inadmitió la demanda para que se corrigieran algunos defectos de tipo formal. La demanda se admitió con auto de 3 de septiembre de 2014<sup>61</sup>, con el cual se denegó la suspensión provisional del acto acusado y se ordenaron las notificaciones correspondientes. El Magistrado ALBERTO YEPES BARREIRO firmó la anterior providencia con aclaración de voto, en la que expuso las razones por las cuales se debía inaplicar el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 161 numeral 6° del CPACA<sup>62</sup>.

La apoderada judicial designada por la RNEC, con escrito presentado el 29 de septiembre de 2014<sup>63</sup>, contestó la demanda y se limitó a proponer la excepción previa de Falta de legitimación en la causa por pasiva, que fue desestimada en la audiencia inicial.

La apoderada judicial de la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, con escrito allegado el 10 de octubre de 2014<sup>64</sup>, contestó la demanda. Propuso la excepción denominada *"Inexistencia de documentos falsos o apócrifos"*, que sustentó con los mismos planteamientos esgrimidos frente a la demanda de BLANCA OLIVA CASAS (201400048).

La apoderada judicial de la Representante doctora OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ NIETO, con documento presentado el 27 de octubre de 2014<sup>65</sup>, contestó la demanda a la cual se opuso. Expresó que de probarse los casos de falsedad invocados en la demanda la distribución de curules entre partidos políticos no se afectaría, pero sí habría cambio en la tercera y última curul asignada al Partido Liberal Colombiano, que no es la suya porque

obtuvo la mayor votación dentro de la lista inscrita por esa organización. En cuanto a los cargos dirigidos contra los actos acusados señaló que a la parte actora le corresponde demostrar que fueron expedidos con falsa motivación e inobservando las normas superiores que se citan en la demanda; en lo demás el escrito de contestación hizo algunas consideraciones sobre la naturaleza y características del medio de control de nulidad electoral.

El Representante doctor CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABÓN, en nombre propio presentó la contestación con documento allegado el 27 de octubre de 2014<sup>66</sup>, con el que se opuso a la nulidad del acto de elección acusado. Planteó la excepción denominada *"La parte actora no prueba y demuestra que las irregularidades que invoca como falsedades tienen la entidad de incidir en el resultado electoral que varíe al interior de la lista los candidatos declarados electos"*, la cual fundamentó en que el accionante no cumplió con la carga de explicar de qué forma las falsedades por él denunciadas pueden cambiar la composición de la Cámara de Representantes en lo que se refiere al Partido Liberal Colombiano, pues si bien hizo unas operaciones directas a nivel de los votos depositados a favor de los candidatos Juan Carlos Lozada Vargas y Andrés Felipe Villamizar Ortiz, la misma no es correcta porque no aplicó el sistema de la cifra repartidora.

El Representante doctor JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, quien confirió poder a profesionales del derecho, contestó la demanda con documento incorporado al proceso el 27 de octubre de 2014<sup>67</sup> mediante el cual se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

i) *"Inexistencia absoluta de la nulidad pretendida respecto de los actos acusados - ausencia de documentos electorales falsos o apócrifos"*. Luego de referirse a los fundamentos normativos de los formularios E-14 y E-24, el apoderado señaló que los datos consignados en el primero no son inmutables, ya que pueden registrarse cambios válidos ante recuentos o reclamaciones. Agregó que el cargo de falsedad lo formuló la parte actora con sustento en el formulario E-14 Delegados, publicado en la página web de la RNEC, a pesar que la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha precisado que cuando los dos ejemplares de ese documento no son iguales tiene mayor mérito probatorio el formulario E-14 Claveros, por la rigurosa cadena de custodia que lo acompaña.

Señaló, además, que de probarse las irregularidades alegadas no se modificaría el resultado electoral, puesto que las reclamaciones impetradas por los candidatos JUAN CARLOS LOZADA VARGAS y ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ, de ser resueltas a su favor, llevarían a mantener la elección acusada.

ii) *"Imposibilidad de alteración del resultado"*. Se fundamentó en que en el remoto evento de probarse las irregularidades no cambiaría el resultado electoral.

58 Exp. 201400062 C. 1A fl. 801.

59 Exp. 201400064 C. 1º fls. 2 a 66.

60 Exp. 201400064 C. 1º fls. 365 a 370.

61 Exp. 201400064 C. 1º fls. 382 a 399.

62 Exp. 201400064 C. 1º fls. 407 a 433.

63 Exp. 201400064 C. 1º fls. 463 a 482.

64 Exp. 201400064 C. 1º fls. 499 a 508.

65 Exp. 201400064 C. 1º fls. 513 a 527.

66 Exp. 201400064 C. 1º fls. 528 a 532.

67 Exp. 201400064 C. 1º fls. 537 a 554.

iii) "*Legalidad del procedimiento administrativo realizado por las comisiones escrutadoras distrital y general*". El apoderado defendió el procedimiento empleado por las comisiones escrutadoras, que fue transparente y ajustado a lo dispuesto en la Ley 1475 de 2011, ya que al cabo del escrutinio se entregó a los testigos electorales copia de las actas o formularios E-24 y E-26, incluso los formularios E-14 se publicaron en la página web de la RNEC.

iv) "*Imposibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad de las resoluciones demandadas*". Se apoyó en apreciaciones sobre la presunción de legalidad de los actos de la administración, sin referirse en concreto a los actos acusados.

v) "*Principio de la eficacia del voto*". Se sustentó en la concepción de ese principio a nivel legal y en lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto.

vi) Finalmente propuso la "*Excepción innominada o genérica*".

El Representante doctor EFRAÍN ANTONIO TORRES MONSALVO, quien estuvo asistido por abogado titulado, contestó la demanda con escrito presentado el 29 de octubre de 2014<sup>68</sup>, en el sentido de oponerse a las pretensiones. Al efecto sostuvo que frente a las diferencias numéricas alegadas esta corporación debe revisar los documentos electorales para verificar su veracidad. Estuvo de acuerdo con que las reclamaciones dirigidas a la Comisión Escrutadora Distrital se formularon sin sujeción al principio de preclusión porque no se presentaron dentro del plazo legal.

El apoderado del demandante, con escrito allegado el 6 de noviembre de 2014<sup>69</sup>, explicó por qué las excepciones de fondo no debían prosperar. El 24 de noviembre de 2014<sup>70</sup> se dictó el auto que ordenó mantener el expediente en secretaría en espera de la acumulación.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- El apoderado judicial designado por el presidente del CNE formuló sus alegatos de conclusión con el documento radicado el 16 de julio de 2015<sup>71</sup>. En primer lugar, se refirió al requisito de procedibilidad, frente al cual recordó la posición del Magistrado ALBERTO YEPES BARREIRO, para quien se debe inaplicar porque no ha sido desarrollado todavía por una ley estatutaria, pero también precisó que con auto de 7 de mayo de 2014 (Exp. 110010328000201400030-00) la Sala dijo en otro proceso que ese requisito sí era exigible. Posteriormente hizo un recuento del trámite procesal de la demanda interpuesta por HENRY HERNÁNDEZ BELTRÁN (201400062), y finalizó afirmando, sin más, que las actuaciones del CNE se surtieron en forma legal y que no se tomó en cuenta que el acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., lo expidió la Comisión Escrutadora General de la misma ciudad.

68 Exp. 201400064 C. 1º fls. 537 a 554.

69 Exp. 201400064 C. 1º fls. 560 a 570.

70 Exp. 201400064 C. 1º fls. 576 y 577.

71 Exp. 201400062 C. 1B fls. 834 a 841.

2.- La apoderada judicial de la RNEC presentó los alegatos de conclusión con escrito radicado el 17 de julio de 2015<sup>72</sup>. Señaló que no obstante haberse decidido en su contra la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva y no haber formulado recurso de súplica, de nuevo pide que la entidad que ella representa sea desvinculada de los procesos acumulados, para lo cual invoca la forma como se fijó el litigio y lo que expuso en su momento para sustentar la excepción.

3. La apoderada designada por la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, con escrito presentado el 17 de julio de 2015<sup>73</sup>, expuso sus alegatos finales. Al efecto recordó los términos en que se fijó el litigio en la audiencia inicial e hizo algunas apreciaciones en torno a los conceptos de democracia y derecho electoral. Después abordó el medio de control de nulidad electoral, que consideró limitado por el requisito de procedibilidad y el término de caducidad tan corto en su opinión, acción en la que operan las causales de nulidad de tipo general y especial.

Sobre el problema jurídico relativo a la falta de escrutinio de algunas mesas de votación, la apoderada señaló que ello no constituye causal de nulidad. En cuanto a los interrogantes concernientes a más votos que votantes y falsedad en los formularios E-14, E-24 y E-26, dijo que ello solamente originaría la nulidad de la elección cuestionada en la medida que las falsedades tengan la magnitud requerida para modificar el resultado electoral. Se preguntó cómo era posible que los candidatos calificaran de falsos los formularios electorales cuando sus testigos electorales no habían presentado las reclamaciones del caso durante los escrutinios. Frente a las resoluciones dictadas por las comisiones escrutadoras dijo que tenían una motivación adecuada y conforme a la Constitución.

4. El apoderado judicial designado por el demandante ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ dio a conocer sus alegatos finales con documento allegado el 21 de julio de 2015<sup>74</sup>. En cuanto al problema relativo a la falta de escrutinio de ciertas mesas de votación o inobservancia de lo dispuesto en los artículos 163 y 169 del C.E., se pidió tenerlo como infundado porque se planteó en forma genérica, no se probó y no configura causal de nulidad. La indeterminación se produjo porque la parte actora no explicó en qué consistió la falta de escrutinio, pero que de llegarse a considerar que sí se determinó correctamente, pide el apoderado que se tome como no probado, ya que al examinar el acta general de escrutinio de la comisión escrutadora auxiliar de la zona 10-4, que goza de presunción de legalidad, se observó que sí se cumplió lo prescrito en aquellas normas, tal como se hizo constar en los formularios E-23 que ninguna de las partes pidió como prueba. Además, de la citada acta tomó algunos ejemplos para apoyar lo anterior. Agregó que la omisión en dejar las constancias del caso no configura causal de nulidad porque así lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia de 15 de octubre de 1987 (Exp. 056).

72 Exp. 201400062 C. 1B fls. 842 a 847.

73 Exp. 201400062 C. 1B fls. 848 a 860.

74 Exp. 201400062 C. 1B fls. 881 a 911.

El segundo problema jurídico, consistente en que al parecer se presentaron más votos que votantes, tampoco sale adelante porque la comparación entre los formularios E-11 y E-14 revela que la situación fue la contraria, más electores que sufragios.

El cuarto problema jurídico, alusivo a la modificación injustificada de los votos de los candidatos del Partido Conservador Colombiano TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA y JAIRO GÓMEZ BUITRAGO, lo consideró intrascendente frente a los candidatos del Partido Liberal Colombiano JUAN CARLOS LOZADA VARGAS y ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ, ya que de probarse esas irregularidades no cambiarían los resultados electorales de los dos últimos.

En cuanto al quinto problema jurídico, referido a la supuesta falsa motivación de las Resoluciones 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., y 001 de 1º de abril del mismo año de la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., que se apoyaron en que la oportunidad para ventilar las irregularidades denunciadas ya había concluido, señaló que la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado sí admite la posibilidad de presentar las reclamaciones ante esas comisiones escrutadoras (Fallo de 19-IX-13 Exp. 201100615), ya que las normas del C.E., deben leerse en armonía con las reformas que el Acto Legislativo 01 de 2009 le hizo a la Constitución (Fallo de 23-IX-10 Exp. 200900034), lo cual se aplica a la facultad de revisión oficiosa de las autoridades electorales (Fallo de 22-III-07 sin referencia). Así, la falsa motivación sí está acreditada porque las comisiones escrutadoras sí debieron actuar en ejercicio de sus competencias frente a las reclamaciones presentadas.

Sobre el sexto problema jurídico, relativo a si la Resolución 003 y el Auto 006 de 1º de abril de 2014, expedidos por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., vulneraron lo dispuesto en los artículos 237 y 265 Superior y 41 y 43 del CPACA, expresó el apoderado que irregularmente se adoptó la forma de un auto de trámite, cuando ha debido ser un acto definitivo pasible de los recursos legales. Encontró injustificable que la Comisión Escrutadora General hubiera tramitado por separado la petición de agotamiento del requisito de procedibilidad y la solicitud de saneamiento de nulidad, ya que según el artículo 237 Superior antes de acudir a la jurisdicción se deben poner en conocimiento de las autoridades electorales las irregularidades, quienes sí tenían competencia para pronunciarse sobre el particular (Fallos de 24-IV-13 Exp. 201101083, de 12-IX-13 Exp. 201000064).

Frente al séptimo problema jurídico, que busca establecer si el Auto 006 de 1º de abril de 2014 se dictó con violación del debido proceso consagrado en los artículos 29 Constitucional, 12, 166, 168 y 180 del C.E., y 74 del CPACA, porque impidió el acceso a la segunda instancia, el apoderado expresó que esas normas jurídicas establecen el recurso de apelación contra las decisiones de las comisiones escrutadoras, por lo cual era viable que se hubiera tenido acceso a la alzada ante el CNE.

Sobre el octavo problema jurídico, que alude a la supuesta violación del debido proceso establecido en los artículos 29 Superior y 42 del CPACA por parte de los citados actos, porque no fueron atendidas las peticiones presentadas, el apoderado afirmó la ilegalidad de esas actuaciones porque no fue respondida la solicitud de saneamiento de nulidad elevada por el apoderado del señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ, y si bien en la Resolución 003 se sostuvo que la petición ya había sido decidida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., las solicitudes son sustancialmente distintas. En similar imprecisión se incurrió con el Auto 006 que trató como error aritmético la denuncia de falsedades en los documentos electorales que se hizo a través de la petición radicada con el No. 32.

En lo concerniente a los problemas jurídicos 3º y 9º, que tratan de la falsedad en los votos de los candidatos del Partido Liberal Colombiano señores ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ y JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, señaló el apoderado que frente a los casos mencionados en la demanda se agotó el requisito de procedibilidad con la petición mencionada arriba. Además, presentó en los Anexos 1 y 2 el estudio que evidencia la falsedad en la votación de esos candidatos, y culminó su exposición diciendo que los 241 votos que deben adicionarse al candidato VILLAMIZAR ORTIZ y los 33 votos que deben descontarse al candidato LOZADA VARGAS, demuestran que las falsedades sí inciden en el resultado de la elección, puesto que el primero quedaría con 17.861 votos, mientras que el segundo obtendría 17.630 votos.

5.- La apoderada judicial del Representante doctor TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA, con documento aducido el 21 de julio de 2015<sup>75</sup>, formuló sus alegatos de conclusión. Sostuvo que no haría ningún pronunciamiento sobre los cargos de falsedad relativos a la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano y los cargos de nulidad de las Resoluciones 015/14, 001/14 y 003/14 y el Auto 006/14, porque nada tenían que ver con la votación del Partido Conservador Colombiano por el que resultó electo ese demandado.

En cuanto al cargo "*Mesas no escrutadas*" la apoderada hizo un recuento de los términos en que fue planteado y acudió a lo dicho al efecto por la doctrina nacional, para enseguida sostener que la demanda invoca en respaldo la sentencia de 3 de abril de 2003, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el Expediente 110010328000200200016-01 (2906), que no se refiere al fenómeno invocado sino a la falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24. Es decir, que no existe un desarrollo jurisprudencial sobre aquella anomalía como modalidad de falsedad electoral, y que las irregularidades insustanciales no dan lugar a nulidad, como así lo precisó la misma corporación en la sentencia de 15 de octubre de 1987 (Exp. E-056, E-057, E-058, E-059, E-062 y E-064). Por el contrario, encontró que las 47 mesas sí fueron escrutadas, como así lo prueba con el Cuadro 1 en el que analiza la documentación electoral relacionada con las mismas,

75 - Exp. 201400062 C. 1B fls. 968 a 1032.

tales como los formularios E-11, E-14 Delegados, E-14 Claveros, acta general de escrutinio local, acta general de escrutinio distrital, E-24 zonal, E-24 distrital, acta general de escrutinio de los delegados del CNE y E-26CAM.

Agregó frente al estudio del cargo anterior, que en el acta de la Comisión Escrutadora Auxiliar 10-4 se expresó que: (i) Las constancias de que trata el artículo 163 del C.E., se plasmarían en el formulario E-23; (ii) Las peticiones se resolverían siempre y cuando estuvieran fundadas en causales de reclamación; (iii) Conocerían de las peticiones de recuento del artículo 164 *ibidem*; (iv) Las apelaciones contra sus decisiones las desataría la Comisión Escrutadora Distrital; (v) Los resultados del escrutinio se recogerían en los formularios E-24 y E-26; (vi) Los claveros deberían permanecer en el recinto del escrutinio hasta que entregaran al registrador los pliegos electorales; (vii) Finalizada la lectura de los documentos electorales de todas las mesas se firmarían las actas parciales; (viii) Habiéndose recibido esos documentos a las 10:50 p.m., se inició el escrutinio en presencia de todos los interesados; (ix) El apoderado del Partido Verde presentó el jueves reclamaciones de escrutinios hechos el lunes anterior, por lo cual se rechazaron; (x) Se firmaron dos actas de incineración; y (xi) El 15 de marzo a las 15:09 p.m., concluyó el escrutinio auxiliar y se levantó la sesión.

La apoderada calificó este cargo de impreciso y generalizado por los términos en que lo presentó la demandante, incluso algunos de los extractos presentados con la demanda no concuerdan con lo dicho en los documentos electorales, lo cual ocurre por ejemplo con las siguientes mesas de votación: 10-17-03, 04 y 17; 10-19-11 y 22; 10-20-03 y 19.

Respecto al cargo denominado "*Mesas con más votos que sufragantes*", que se contrae a solo dos mesas, la apoderada hizo el estudio correspondiente en el Cuadro 2, del cual concluyó que en las mismas hay más sufragantes que votos, para lo cual destacó "*que la demanda incurre en el error de suponer que el no diligenciamiento del total de sufragantes en el Formulario E-14 Delegados y E-14 Claveros equivale al número 0, pese a que esté (sic) no está escrito*".

En lo concerniente al cargo llamado "*Falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 respecto a los votos depositados a favor de los candidatos del Partido Conservador Colombiano, señores Telésforo Pedraza Ortega (101) y Jairo Gómez Buitrago (102)*", la apoderada hizo el respectivo estudio en el Cuadro 3. Del mismo obtuvo que en ciertos casos no coincidían los datos de los formularios E-14 Claveros y E-14 Delegados, escenario en el cual según la jurisprudencia de esta Sección prevalece el reportado en el primero. Igualmente estableció que al candidato 101 le adicionaron injustificadamente 10 votos, mientras que al candidato 102 le sustrajeron indebidamente 25 votos, lo cual no tiene la capacidad de modificar el resultado electoral porque el candidato 101 obtuvo 10.973 votos, mientras que el candidato 102 alcanzó 10.635 votos. Es decir, la diferencia entre ellos se mantendría y de paso los resultados electorales cuestionados.

6.- El apoderado judicial designado por el Representante doctor Juan Carlos Lozada Vargas expuso sus alegatos de conclusión con escrito presentado el 21 de julio de 2015<sup>76</sup>. Después de hacer algunas elucubraciones en torno al papel que cumplen los documentos electorales y de señalar que ante las diferencias que pudieran presentarse entre los dos ejemplares del formulario E-14, el que prevalece es el que se destina a los claveros, precisó que el cargo se planteó con base en el formulario E-14 Delegados. Por ello, el estudio comparativo lo hizo entre los formularios E-14 Delegados y Claveros y E-24, de lo cual concluyó que al congresista no se le incrementaron injustificadamente votos, no obstante que en ciertos casos no concordaban las cifras de los dos ejemplares del formulario E-14.

Posteriormente se ocupó de los casos de falsedad referidos a la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (111) y JUAN CARLOS LOZADA VARGAS (102), frente a los cuales transcribió apartes de la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 31 de mayo de 2002 (Expediente 440012331000200100034-01), para sostener que el juzgador debe tomar en cuenta hechos constitutivos de excepciones de fondo. A renglón seguido cuestionó las pruebas de oficio que se decretaron en la audiencia inicial, las que al parecer recaen sobre las tablas últimamente presentadas.

7.- El señor HENRY HERNÁNDEZ BELTRÁN, demandante en el expediente No. 201400062, alegó de conclusión con documento radicado el 21 de julio de 2015<sup>77</sup>. Con el mismo realizó un análisis de los documentos electorales que desborda el cargo y las mesas por los que se admitió la demanda con auto de 29 de agosto de 2014<sup>78</sup> y se fijó el litigio en la audiencia de 6 de mayo de 2015<sup>79</sup>, ya que no se limitó a examinar las diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 en la votación de los candidatos del Partido Conservador Colombiano TELÉSFORO PEDRAZA ORTEGA (101) y JAIRO GÓMEZ BUITRAGO (102), sino que examinó aspectos y mesas de votación ajenos al debate jurídico tales como posibles errores aritméticos en la sumatoria interna de los formularios E-14, más votos que votantes, falta de firmas de jurados de votación y mesas pertenecientes a las zonas 01, 02 y 03 que no figuran en aquéllos pronunciamientos.

8.- El apoderado judicial del Representante doctor CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABÓN, con documento radicado el 21 de julio de 2015<sup>80</sup>, formuló sus alegatos de conclusión con los que insistió en las excepciones planteadas al contestar la demanda, en las que sostuvo que los demandantes no probaron las irregularidades invocadas ni demostraron que las mismas tuvieran la capacidad de modificar el resultado electoral.

9.- La apoderada judicial de la accionante BLANCA OLIVA CASAS

76 Exp. 201400062 C. 1B fls. 1034 a 1045.

77 Exp. 201400062 C. 1B fls. 1046 a 1072.

78 Exp. 201400062 C. 1A fls. 405 a 443.

79 Exp. 201400062 C. 1B fls. 671 a 710.

80 Exp. 201400062 C. 1B fls. 1073 a 1077.

(201400048), con escrito presentado el 21 de julio de 2015<sup>81</sup>, allegó sus alegatos finales, documento con el que reiteró lo dicho en el escrito de subsanación de la demanda presentado el 23 de mayo de 2014<sup>82</sup>, a tal punto que incluso tocó el tema relacionado con las mesas de votación entregadas en forma extemporánea, a pesar que la demanda se rechazó en esa parte. Por tanto, no resulta útil hacer una síntesis de lo dicho en este alegato de conclusión, sin que esto signifique que los planteamientos de cada cargo no vayan a ser abordados en su momento.

## VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, por medio del documento presentado el 21 de julio de 2015<sup>83</sup>, rindió concepto en el sentido de que se nieguen las pretensiones de las demandas acumuladas.

En torno al cargo “Mesas no escrutadas” citó lo prescrito en los artículos 163 y 169 del C.E., y los pasos que según esos preceptos deben cumplirse al practicarse el escrutinio, los que sería del caso verificar de no ser —dice el colaborador fiscal— porque no se cumplió el principio de preclusividad, como así lo señaló esta Sección en la sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Expediente No. 110010328000201400046-00), idea que reforzó con una descripción de la forma como se cumplen los escrutinios a cargo de los jurados de votación y de las diferentes comisiones escrutadoras, frente a quienes precisó la competencia que les corresponde en cuanto a la declaratoria de elección.

La violación del principio de preclusión la concreta en que la falta o indebido escrutinio no se debió plantear ante la Comisión Escrutadora Distrital sino ante las Comisiones Escrutadoras Auxiliares, puesto que la supuesta irregularidad tuvo lugar en esta instancia, siendo esta la razón que llevó a la expedición de la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 por aquella comisión. Además, calificó el cargo de vago e impreciso porque la parte actora únicamente se limitó a decir que las mesas de votación no fueron escrutadas y que ello produjo la falsedad de los resultados, “sin precisar cuáles fueron los votos computados de más o dejados de computar, y a qué o cual candidatos benefició o perjudicó concretamente”.

En lo que respecta al cargo “Mesas con más votos que sufragantes”, hizo algunas reflexiones sobre los formularios E-11 y E-14, luego de las cuales afirmó que el total de los mismos no siempre debe coincidir porque es posible que el número de sufragantes sea inferior al número de votos debido a que los ciudadanos no votan por todas las corporaciones o autoridades, pero que sí es irregular que el número de votos supere al de electores, evento que se debe corregir acudiendo a lo dispuesto en los artículos 134 y 135 del C.E.

Después de estas precisiones el colaborador fiscal advirtió que en este cargo tampoco se cumplió el principio de eventualidad

porque la irregularidad se ha debido poner en conocimiento de los jurados de votación o de las comisiones escrutadoras auxiliares o zonales, como así lo disponen los artículos 122 y 163 del C.E., pero la denuncia solamente se formuló ante la Comisión Escrutadora Distrital, quien no tuvo otra alternativa que negarlas por ese motivo por medio de la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014.

El cargo denominado “Mesas con apocrioficidad en los registros del E-24 y que se consolidó (sic) en el formulario E-26 de Declaración de elección”, lo abordó el colaborador fiscal haciendo la distinción entre falsedad y error aritmético, y luego afirmó —como igual lo hizo frente a los cargos anteriores— que no se cumplió el principio de eventualidad porque la irregularidad se debió denunciar ante la Comisión Escrutadora Auxiliar y no ante la Comisión Escrutadora Distrital, quien certeramente expidió la Resolución 015 en mención.

Frente al cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 en la votación de los candidatos del Partido Conservador Colombiano, el Procurador delegado hizo algunas precisiones sobre la falsedad como causal de nulidad y señaló que en estos casos debe acreditarse el agotamiento del requisito de procedibilidad implementado con el Acto Legislativo 01 de 2009 y en el artículo 161 numeral 6º del CPACA, presupuesto que si bien no fue exigido por el ponente tras aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la Sala determinó con auto de 4 de diciembre de 2014 que sí era exigible, motivo por el cual “no se encuentra que se hubiere agotado el requisito de procedibilidad y en consecuencia debe declararse la excepción previa de falta de este requisito”, excepción que se puede proponer en este momento porque el auto admisorio no lo impide y porque así lo permiten los artículos 280 y 282 del CPACA.

Por último, sostuvo que en caso de no acogerse la excepción y proferirse fallo inhibitorio, debe negarse lo pedido porque no se observó el principio de eventualidad, tal como lo adujo anteriormente.

En lo referente a la falsa motivación de la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., y la Resolución 001 de 1º de abril de 2014 de la Comisión Escrutadora General de la misma ciudad, la considera infundada por los términos en que se discute su legalidad, ya que “en su argumento parte de que los actos censurados fueron motivados, cosa distinta es que no comparta la elucubración en ellos contenida”. Además, en lo sustancial los interesados tenían la carga de formular las peticiones ante las autoridades competentes, tal como ya se dijo en precedencia.

Sobre la ilegalidad de la Resolución 03 de 1º de abril de 2014 de la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., y el Auto 006 de 1º de abril del mismo año de la misma comisión, que se basa en que esa entidad sí tenía competencia para pronunciarse sobre la solicitud de saneamiento de nulidad, el Procurador delegado retoma su planteamiento de la violación

81 Exp. 201400062 C. 1B fls. 1078 a 1123.

82 Exp. 201400048 C. 1º fls. 257 a 355.

83 Exp. 201400062 C. 1B fls. 861 a 880.

del principio de eventualidad o preclusión, que indica que ello se ha debido presentar ante la Comisión Escrutadora Auxiliar, irregularidades que son las mismas que se desestimaron con las Resoluciones 015/14 de la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C., y 001/14 de la Comisión Escrutadora General de dicha ciudad, lo que pone en evidencia que lo pretendido fue revivir los términos.

Adicionalmente señaló que la negativa a acceder al recurso de apelación por sí sola no hace ilegal el acto de elección, como ya lo determinó la Sección Quinta en la sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Exp. 110010328000201400046-00), pues debe tomarse en cuenta la incidencia que las irregularidades puedan tener frente al mismo.

En lo relativo a que el Auto 006 del 1º de abril de 2014 de la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., violó el debido proceso porque indebidamente negó el acceso a la segunda instancia, el colaborador fiscal dijo que debe desestimarse con sustento en lo dicho respecto del cargo anterior.

En cuanto a la ilegalidad de la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 y el Auto 006 de la misma fecha, dictados por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., porque no fueron respondidas todas las peticiones a ellos dirigidas, se desestimó con base en el planteamiento de la inobservancia del principio de la preclusión, esto es porque las anomalías debieron ponerse en conocimiento de la Comisión Escrutadora Auxiliar, lo cual no se hizo.

Y, en lo que respecta a la falsedad por modificación injustificada en la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano, recordó el agente del Ministerio Público que en el auto admisorio se adujo que sería en la sentencia donde se determinaría si el requisito de procedibilidad se agotó correctamente. Al efecto señaló que la solicitud 032 de 1º de abril de 2014 dio lugar a la expedición de la Resolución 003 de la misma fecha, dictada por la Comisión Escrutadora General, quien declaró agotado ese presupuesto; igualmente mencionó que con el mismo objeto se había dictado la Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C. Este panorama lo llevó a plantear lo mismo que dijo frente a los anteriores cargos, esto es que la solicitud se propuso en forma inoportuna y que por ello no se produjo el debido agotamiento del requisito de procedibilidad, presupuesto constitucional que no requiere de una reglamentación para que se pueda aplicar.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para fallar en única instancia las demandas dirigidas a anular la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período constitucional 2014-2018, se deriva de lo dispuesto en el artículo 149 numeral 3º del CPACA, y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento Consejo

de Estado–, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

### 2.- De la prueba del acto de elección acusado

La elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., para el período constitucional 2014-2018, se probó con copia del formulario E-26CAM generado el 1º de abril de 2014, expedido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.<sup>84</sup>.

### 3.- Cuestiones previas

1. La apoderada de la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, al contestar la demanda interpuesta por la señora BLANCA OLIVA CASAS (201400048), propuso la excepción denominada “*Inexistencia de documentos falsos o apócrifos*”, que fundamentó en la importancia que en estos procesos tiene el principio de la eficacia del voto.

El Representante doctor CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABÓN, quien contestó en nombre propio la demanda interpuesta por la señora BLANCA OLIVA CASAS (201400048), propuso la excepción de “*La actora no prueba y demuestra que las irregularidades tienen la entidad de modificar el resultado electoral que varíe (sic) la composición de las listas y candidatos declarados electos*”, que se fundamenta en el mismo razonamiento.

La apoderada judicial designada por la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, con la contestación a la demanda formulada por el señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), planteó la excepción de “*Inexistencia de documentos falsos o apócrifos*”, que basó en los mismos razonamientos arriba señalados.

El apoderado judicial del Representante doctor CARLOS EDUARDO GUEVARA VILLABÓN, al contestar la demanda de ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR (201400064), propuso la excepción de “*La parte actora no prueba y demuestra que las irregularidades que invoca como falsedades tienen la entidad de incidir en el resultado electoral que varíe al interior de la lista los candidatos declarados electos*”, que fundamentó en los términos ya indicados.

El apoderado judicial constituido por el Representante doctor JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, en su escrito de contestación a la demanda interpuesta por el señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR (201400064), planteó las siguientes excepciones: (i) “*Inexistencia absoluta de la nulidad pretendida respecto de los actos acusados - ausencia de documentos electorales falsos o apócrifos*”, que sustentó en que la falsedad no se configura porque el cargo se basó las cifras del formulario E-14 Delegados cuando ha debido hacerse con el formulario E-14 Claveros, y en que las irregularidades no logran cambiar el resultado electoral; (ii) “*Imposibilidad de alteración del*

84 - Exp. 201400048 fls. 82 y 83.

resultado”, frente a la cual reiteró lo dicho con anterioridad; (iii) “Legalidad del procedimiento administrativo realizado por las comisiones escrutadoras distrital y general”, que se apoyó en que el mismo se surtió con sujeción a las reglas fijadas en la Ley 1475 de 2011 y se le dio la debida publicidad; (iv) “Imposibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad de las resoluciones demandadas”, que se fundó en meras apreciaciones sobre la presunción de legalidad de los actos de la administración; (v) “Principio de la eficacia del voto”, que tuvo como asidero la configuración normativa de ese principio y su desarrollo jurisprudencial; y (vi) “Excepción inominada o genérica”.

La Sala recuerda que uno de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para impugnar las pretensiones de las demandas es la formulación de las excepciones de mérito. Su caracterización no puede asimilarse a solamente refutar o negar los cargos de la demanda, pues por el contrario se trata de la presentación de hechos nuevos dirigidos a enervar lo solicitado por la parte actora, bien sea porque con los mismos se busque demostrar que el derecho no existe, que se modificó o extinguió.

En la jurisprudencia de esta Sección se ha dicho sobre el particular que:

“...las excepciones son un conjunto de argumentos encaminados a enervar las pretensiones de la acción, aspecto este en el que en verdad concuerdan con los argumentos defensivos, por lo que podrían en un momento dado confundirse. Con todo, la diferencia entre los mismos viene dada por la circunstancia de que la excepción incorpora hechos nuevos, desconocidos hasta entonces en el proceso, con la potencialidad de frustrar las aspiraciones del actor”.<sup>85</sup>

Así, no basta con que la parte demandada afirme proponer excepciones de mérito, si de su contenido se infiere que no se trata de la presentación de hechos novedosos al debate jurídico sino de la negación de las aseveraciones lanzadas por el accionante o de la refutación de sus planteamientos jurídicos.

El examen detenido de cada una de las excepciones de mérito formuladas frente a las demandas acumuladas lleva a la Sala a la convicción de que, *stricto sensu*, las mismas no tienen esa calidad, ya que no corresponden a hechos nuevos sino que se trata de la mera negación o defensa de la legalidad del acto acusado.

Por ejemplo, con las mencionadas excepciones se niega la ocurrencia de las falsedades informadas por los demandantes, también se niega que hayan sido probadas -a pesar de que en su momento no se había abierto el debate probatorio-. De igual forma se defiende la legalidad del acto impugnado con la sola afirmación de haberse cumplido los escrutinios conforme a

derecho o con pleno respeto del principio de publicidad. Y, se considera impróspera la nulidad porque las irregularidades alegadas y probadas no tendrían la incidencia requerida para modificar el resultado electoral.

Estas situaciones no son constitutivas de excepciones de mérito y por ello no hay lugar a examinarlas como tales. Sin embargo, hay que reconocer que concuerdan con el fondo de la discusión, razón por la cual serán abordadas cuando la Sala deba referirse a cada uno de los reparos con los que están asociados.

2.- La apoderada judicial de la RNEC, al formular sus alegatos de conclusión, señaló que si bien le fue negada en la audiencia inicial de nuevo insiste en la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso con la contestación de la demanda.

Efectivamente, la apoderada judicial de esa entidad de la Organización Electoral en cada uno de los procesos acumulados formuló la excepción previa en comentario. En la audiencia inicial realizada el 6 de mayo de 2015<sup>86</sup> se resolvió en forma negativa la excepción. Aunque se contó con la presencia de la apoderada de la RNEC, ningún recurso formuló en contra de lo decidido.

La Sala observa, conforme a lo anterior, que la petición elevada en el sentido de que se vuelva a estudiar la legitimación que tiene esa entidad de la Organización Electoral para comparecer en estos procesos, no es de recibo, puesto que se está en presencia de una discusión jurídica que se zanjó en la audiencia inicial, que quedó en firme porque se dio a conocer a todos los asistentes -entre ellos la apoderada de la Registraduría-, sin que nadie hubiera formulado en su contra el recurso de súplica.

Por ende, la ejecutoria que cobró la providencia emitida en la audiencia inicial en torno a esa excepción, impide que ahora se replantee y aborde la Falta de legitimación en la causa respecto de la citada entidad.

3.- Al formular los alegatos de conclusión el apoderado del CNE, la apoderada de la Representante doctora CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ, y el demandante señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), y al presentar su concepto el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, tocaron el tema atinente a la exigibilidad y cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Al efecto responde la Sala que en la audiencia inicial practicada el 6 de mayo de 2015 la fijación del litigio se hizo en los términos consignados de forma literal en esta providencia, los cuales abordan los diferentes cuestionamientos dirigidos por los accionantes contra los escrutinios que antecedieron al acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., período constitucional 2014-2018. Empero, dentro de los problemas jurídicos a dilucidar en este fallo no se incluyó lo atinente al agotamiento del requisito de procedibilidad en las demandas interpuestas por los ciudadanos BLANCA OLIVA CASAS (201400048), HENRY HERNÁNDEZ BELTRÁN (201400062) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (201400064).

<sup>85</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600013-00 (3946) y otros. Demandantes: Alberto Morales Támara y otros. Demandado: Representante a la Cámara por el Guaviare. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>86</sup> Exp. 201400062 C. 1B fls. 671 a 710.

Así las cosas, dado que contra ninguna de las demandas acumuladas se planteó como excepción de mérito la omisión o indebido agotamiento de ese presupuesto constitucional, ni se incluyó dentro del objeto de la fijación del litigio esa temática, es claro para la Sala que ello no puede ser asumido en esta providencia.

Además, en la audiencia inicial las partes contaron con la posibilidad de recurrir la fijación del litigio, pues el magistrado que la presidió *“dio traslado a todos los asistentes, poniéndoles de presente que la misma quedó notificada en estrados y que contra ella procedía el recurso de reposición (CPACA Art. 242)”*<sup>87</sup>. Sin embargo, las mismas guardaron silencio sobre el particular, con lo cual no solo asintieron en los precisos asuntos a tratar en el fallo de instancia, sino que también dejaron en firme la decisión adoptada por el presidente de la audiencia.

Ahora, si bien en el auto admisorio de la demanda impetrada por el señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), la Sala señaló que en la sentencia se determinaría si en ese caso el requisito de procedibilidad fue agotado ante la autoridad electoral competente, ello estaba sujeto a que en efecto se incluyera como punto litigioso en la audiencia inicial, lo que al no haberse hecho así ni haber sido impugnada la providencia respectiva, dejó ese tema por fuera de la discusión.

En cualquiera caso, si debiera someterse a estudio lo anterior, a la luz de la posición mayoritaria de la Sala tendría que afirmarse que en la demanda del señor VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), sí se agotó correctamente el requisito de procedibilidad en cuanto a la autoridad electoral ante la cual debían denunciarse las irregularidades durante las elecciones y los escrutinios, ya que la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado estudió el requisito constitucional estatuido con el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, que adicionó un párrafo al artículo 237 Superior, específicamente en cuanto ordena someter las inconsistencias *“a examen de la autoridad administrativa correspondiente”*, y concluyó que esa denuncia debía surtir a más tardar ante la autoridad a la cual el ordenamiento jurídico le reconoce la atribución de declarar la elección. En concreto discurre:

“Por último, y como bien lo ha expresado esta Sala<sup>88</sup> en torno a la oportunidad con que deben presentarse las peticiones de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 237 de la Constitución, adicionado por el

artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, las mismas deben radicarse ante la autoridad competente para producir el acto de elección, lo cual encarna cierta eventualidad o preclusión, pues no admite la Sala la posibilidad de que sea el interesado quien determine la autoridad que debe atender sus peticiones, máxime porque el procedimiento administrativo electoral es escalonado y preclusivo. Sobre el particular dijo la Sala:

*“Y, en torno a la oportunidad de que disponen los interesados para formular peticiones con miras a agotar el requisito de procedibilidad, se tiene que el párrafo del artículo 237 Constitucional, adicionado por el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, precisó que ello debe acaecer “antes de la declaratoria de elección, [y ante] la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral”.*

La Sala, en articulación con la estructura diseñada por el Código Electoral o Decreto 2241 de 15 de julio de 1986, advierte que la denuncia de irregularidades no es un acto de la absoluta discrecionalidad del interesado, de modo que pueda escoger libremente el momento en que lo hace y la autoridad ante quien hace la denuncia de irregularidades en las votaciones y los escrutinios. Al efecto debe tomarse en cuenta que el Código Electoral determinó que los escrutinios, según la autoridad política a elegir y sin tomar en cuenta el que realizan los jurados de votación, se debe adelantar por las comisiones escrutadoras auxiliares o zonales, municipales, distritales, los delegados del Consejo Nacional Electoral, y por supuesto cuando se trata de autoridades del orden nacional, por esta entidad de la Organización Electoral.

Por lo mismo, y para no impedir el avance normal del escrutinio ni retrotraerlo a instancias ya superadas, la oportunidad y la autoridad competente para atender las peticiones encaminadas a agotar el requisito de procedibilidad, debe tomar en cuenta *“la autoridad administrativa correspondiente”*, que corresponde a la autoridad que tiene la competencia para hacer la declaratoria de elección.

**Así, por ejemplo, si se trata de irregularidades concernientes a la elección de un alcalde municipal, la denuncia debe formularse ante la comisión escrutadora municipal y a más tardar, hasta antes de que la misma provea sobre la elección. No sería admisible, por tanto, que dichas inconsistencias se dieran a conocer directamente a los integrantes de la comisión escrutadora departamental o incluso al Consejo Nacional Electoral, puesto que se trata de autoridades incompetentes para conocer**

87 Exp. 201400062 C. 1B fl. 692.

88 Esta Sección, en torno al principio de eventualidad o de preclusión para agotar el requisito de procedibilidad en las elecciones para autoridades del orden territorial, se percató de su desarrollo en la Resolución 4121 de 2001, expedida por el CNE, y al efecto señaló:

“La Sala considera que la disposición constitucional es precisa cuando señala que las irregularidades en el proceso de votación y de escrutinios deben someterse a examen de la autoridad administrativa “correspondiente”, y la Resolución 4121 de 2011 del CNE es clara en cuanto a que para agotar el requisito de procedibilidad en los eventos de elecciones del orden municipal o distrital, las solicitudes deben presentarse “solamente” ante las Comisiones Escrutadoras Auxiliares, Municipales o Distritales”. (Auto de 24 de marzo de 2012. Expediente: 440012331000201100209-01. Actor: Carlos Andrés Vaneegas Pushaina. Demandados: Concejales del municipio de Uribia. C.P. Susana Buitrago Valencia.

**de primera mano las irregularidades sucedidas durante los escrutinios municipales, y porque solamente están autorizadas para conocer de las apelaciones que se formulen contra las decisiones de su respectivo inferior funcional**”.<sup>89+90</sup> (Las negrillas no son del original).

Así las cosas, dado que las irregularidades que hacen parte de la demanda interpuesta por el señor ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), fueron denunciadas por medio de la solicitud No. 32 de 1º de abril de 2014<sup>91</sup>, dirigida a la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., se concluye que el requisito de procedibilidad sí se agotó correctamente, en atención a que la petición se dirigió a la autoridad facultada para declarar la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C.

4.- El apoderado judicial del Representante JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, con el escrito de alegatos de conclusión radicado el 21 de julio de 2015<sup>92</sup>, señala que debido a que en la audiencia inicial se decretaron algunas pruebas de oficio relativas a peticiones no contestadas a su mandante, que conciernen a falsedades en los documentos electorales diferentes a las que hacen parte de la fijación del litigio, la Sala debe asumir el conocimiento de las mismas como si se tratara de un hecho exceptivo a tomar en cuenta.

La Sala no comparte ni acoge la petición elevada por el apoderado del demandado, pues como ya se precisó en esta providencia el objeto del debate jurídico se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, que fue aceptado por todos los sujetos procesales y el agente del Ministerio Público, quienes no formularon ninguna objeción o recurso en su contra. Ese silencio condujo a que la fijación del litigio cobrara ejecutoria y se hiciera obligatorio tanto para los sujetos procesales como para la Sección Quinta, quien no puede examinar más inconsistencias que las allí determinadas.

No es procedente, como lo pretende el apoderado del doctor LOZADA VARGAS, que junto a dichos casos de falsedad igualmente se estudien otras supuestas falsedades, ya que ese intento es abiertamente extemporáneo. Se trata, sin la menor hesitación, de casos nuevos de falsedad, cuyo estudio es inviable porque atenta contra la garantía fundamental del debido proceso y el derecho de contradicción que el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos procesales, quienes en tal evento carecerían de las oportunidades del caso para referirse a tales imputaciones y solicitar las pruebas de descargo que consideraran necesarias.

89 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 25 de julio de 2013. Expediente: 730012331000201200047-01. Actor: Enrique Barragán Liévano. Demandado: Diputados del Tolima. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

90 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Expediente: 110010328000201000064-00. Demandante: Orsinia Patricia Polanco Jusayú. Demandados: Representantes a la Cámara por la circunscripción Indígena. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

91 Exp. 201400064 C. 1º fls. 167 a 182.

92 Exp. 201400062 C. 1B fls. 1034 a 1045.

Además, la aceptación de la mencionada propuesta implicaría el quebrantamiento de lo dispuesto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, que fija en 30 días el término de caducidad para interponer el medio de control de nulidad electoral, ya que al citado demandado se le estudiarían unas irregularidades que llevó al conocimiento de la jurisdicción mucho tiempo después de haber concluido ese término perentorio e improrrogable. De igual forma, esa hipótesis conllevaría al desconocimiento del principio de igualdad en cuanto se refiere a brindar el mismo trato a todas las personas, puesto que sin una razón válida se estaría avalando la posibilidad de que a una persona se le estudien unos cargos manifestamente extemporáneos, mientras que a otros sí se les exigió con el rigor del caso el cumplimiento de ese lapso.

Por tanto, la Sala no practicará el estudio de las irregularidades que se denunciaron por el apoderado judicial del Representante doctor JUAN CARLOS LOZADA VARGAS a la hora de presentar alegatos de conclusión.

#### 4. Proceso Electoral No. 201400048 de Blanca Oliva Casas

##### 4.1. “Mesas no escrutadas”

La demandante puso en tela de juicio la validez de la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), con fundamento en la supuesta presencia de falsedades en los formularios E-24 y E-26 derivada de la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 163 (Mod. Ley 62/88 Art. 11) y 169 del C.E., ya que “No leer las actas de escrutinio de los jurados de votación, implica no haberse escrutado dicha mesa de votación y por tanto no podía tenerse en cuenta en la contabilización y consolidación de los votos de la ciudad de Bogotá, D. C.”. Agregó que la misma infracción se produjo porque sobre ello no se dejó ninguna constancia en el desarrollo del escrutinio, y que por todo lo así ocurrido se afectaron los principios de publicidad y contradicción.

Antes de estudiar el cargo propuesto, la Sala nota que la parte actora invoca en su demanda como precedente la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 3 de abril de 2003<sup>93</sup>, para lo cual transcribe algunos de sus apartes. El análisis de ese pronunciamiento lleva a que la Sala lo descarte como jurisprudencia para el *sub lite*, debido a que la problemática allí asumida no concuerda con la que se ventila en esta oportunidad, pues en ese caso el reproche estuvo referido a que “En el E-24 del Municipio de Mercaderes, puesto Esmeraldas, mesa 1, se anotaron 74 votos para la lista 105, pero en el E-14 aparece sin votos”, mientras que en el *sub examine* lo que se denunció fue la falta de lectura de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de constancia al respecto.

93 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 3 de abril de 2003. Expediente: 110010328000200200016-01(2906). Demandante: Urbano Almeciga Martínez. Demandados: Representantes a la Cámara por el Cauca. M.P. Álvaro González Murcia.

Ahora, las normas que cita la parte demandante como vulneradas refieren lo siguiente:

“Artículo 163. **Al iniciarse el escrutinio, el Registrador dará lectura al registro de los documentos introducidos en el arca triclave.** Enseguida procederá a abrir, uno a uno, los sobres que contienen los pliegos de las mesas de votación, y dejará en el acta general las correspondientes constancias acerca de los sobres que tengan anomalías, lo mismo que de las tachaduras, enmendaduras o borrones que advierta en las actas de escrutinio, cotejando de manera oficiosa las que tuviere a disposición para verificar la exactitud o diferencias de las cifras de los votos que haya obtenido cada lista o candidato y de manera especial observará si las actas están firmadas por menos de tres (3) de los jurados de votación. También dejará constancia expresa de las actas que fueron recibidas extemporáneamente, conforme al artículo 144 de este Código. En el caso de las tachaduras, enmendaduras o borrones se procederá al recuento de votos; y si esas irregularidades no se advierten, el cómputo se hará con base en las actas de los jurados de votación, las cuales se exhibirán a los interesados que lo soliciten al tiempo de anotar los resultados de la votación de la respectiva acta”.

“Artículo 169. Los resultados de los escrutinios distritales y municipales se harán constar en actas parciales, que expresarán en letras y números los votos obtenidos por cada lista o candidato y las demás circunstancias determinadas en el modelo oficial. De cada una de estas actas parciales se sacarán cuatro ejemplares, uno con destino al Presidente del Tribunal Administrativo que tenga jurisdicción en el municipio, y los otros tres ejemplares con destino al archivo de la Registraduría Distrital o municipal, a los Delegados del Registrador Nacional y al Gobernador, Intendente o Comisario”.

El primer problema al que se enfrenta la Sala consiste en determinar si, tal como lo sostiene la parte actora, el hecho de que al iniciarse el escrutinio el Registrador omita dar lectura al registro de los documentos que se introdujeron en el arca triclave, conduce inevitablemente a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 3º del CPACA, según la cual la elección resulta inválida cuando “*Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales*”. Es decir, que si por la sola omisión de hacer esa lectura los resultados electorales de las mesas concernidas se tornan falsos y por ello no pueden ser tenidos en cuenta en el escrutinio.

El propósito central del Código Electoral es garantizar que durante las jornadas electorales los ciudadanos puedan expresarse en forma libre y espontánea al momento de escoger la opción política de su preferencia, y que “*los escrutinios sean*

*reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas*”. (Art. 1º). La autenticidad y la verdad son cimientos fundamentales del principio democrático, ya que ninguna autoridad pública elegida por votación popular gozaría de legitimidad si al poder arribó producto del fraude o la falsedad en las votaciones y los escrutinios; de ahí el interés del legislador extraordinario y ordinario porque tanto bajo las reglas del Código Contencioso Administrativo como del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se pueda invalidar una elección cuando se comprueba falsedad en los registros o documentos electorales.

La configuración de la falsedad o apócrifidad en temas electorales bien puede surtir a partir de la definición de ese concepto, que según la Real Academia Española corresponde a lo “*Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad*”. o “*Incierto y contrario a la verdad*”. Es decir, que un documento o registro electoral adolece de falsedad si lo que se expresa en él no concuerda con la realidad, disonancia que puede darse por falsedad material, como cuando el registro documental sufre una mutación o adulteración física en lo escrito, o por falsedad ideológica, que suele ocurrir, v. gr., cuando un registro posterior refleja una información completamente distinta del registro anterior, sin que ello tenga una explicación o justificación válida.

En la jurisprudencia elaborada por esta Sección se ha desarrollado la falsedad como causal de nulidad en estos términos:

“Esta causal de nulidad, sustentada en la presencia de registros electorales falsos o apócrifos, o de elementos falsos o apócrifos que hubieran servido para su formación, **deriva en la alteración de la verdad electoral**, como cuando se supone la votación de personas que no han intervenido en las urnas, se hacen constar resultados que son ajenos a los verdaderamente escrutados (por exceso o por defecto), se finge la calidad de jurado de votación para sufragar sin estar autorizado, o se aduce una autorización inexistente para votar, o también cuando se altera materialmente el contenido de las actas o se incorporan en los cómputos de votos actas inválidas, y **en general, cuando la declaración que contiene el documento no corresponde a la realidad**”<sup>94</sup>. (La Sala impone negrillas).

Por tanto, la falsedad o apócrifidad como causal de nulidad es necesariamente objetiva. Quiere decir lo anterior, que su presencia en los documentos o registros electorales puede constatarse directamente por el operador jurídico, quien después de establecer la verdad de unos resultados los puede

<sup>94</sup> Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Quinta. Sentencia de 2 de octubre de 2009. Expediente: 110010328000200600122-00 (4063-4055). Demandante: Clara Eugenia López Obregón y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Bogotá D.C. M. P. Filemón Jiménez Ochoa.

confrontar con los registros cuestionados para así concluir si esa realidad ha sido objeto de manipulaciones o distorsiones.

Por lo mismo, el incumplimiento del deber funcional consagrado en la parte inicial del artículo 163 del C.E., atinente a que el Registrador lea el registro de los documentos introducidos en el arca triclave, no hace por sí solo falsos los resultados electorales de las respectivas mesas de votación. Con esa omisión no se produce, *per se*, ninguna forma de falsedad material o ideológica sobre los escrutinios practicados y consignados en los documentos depositados en el arca triclave; ni de ello la lógica permite inferir que lo escrutado se vuelva falso o contrario a la verdad.

Es decir, que en los eventos en que se cuestione la legalidad de una elección por falsedad derivada del incumplimiento del citado deber, la parte demandante no solamente debe estructurar el cargo en torno al desacato de la norma jurídica sino que también debe suministrar información puntual que conduzca a determinar la materialización de la falsedad en los registros o documentos electorales. Esto, porque la falsedad no puede inferirse o deducirse del simple incumplimiento del deber funcional de dar lectura al registro de los documentos introducidos en el arca triclave, a cargo del Registrador que funge como secretario de la comisión escrutadora.

Ahora, la Sala se cuestiona: ¿La inobservancia del deber previsto en la parte inicial del artículo 163 del C.E., puede configurar la causal general de nulidad por infracción de norma superior en lo que respecta al principio de publicidad?

Indudablemente la lectura que debe hacer el Registrador sobre el registro de los documentos introducidos en el arca triclave es un componente más que desarrolla el principio de publicidad durante los escrutinios, aunque no es el único. Recuérdese que conforme a lo prescrito en el artículo 1º del Código Electoral uno de los principios basilares del objeto del mismo es el secreto del voto y la publicidad del escrutinio (3º).

En lo que respecta a la publicidad del escrutinio dirá la Sala que ello se cumple durante todo ese proceso, desde que inicia a cargo de los jurados de votación en la mesa correspondiente al cierre de la jornada electoral, hasta que culmina con la declaración de elección por cuenta de la respectiva comisión escrutadora. Se refleja en aspectos tales como que los escrutinios se surten en audiencia pública, en la que pueden intervenir además de los funcionarios de los órganos de control como la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, los candidatos, sus apoderados y los testigos electorales designados por los primeros; y en que las decisiones adoptadas por los integrantes de la comisión escrutadora deben notificarse en estrados (C.E. Art. 192).

Así las cosas, la eventual omisión en la que haya podido el secretario de la comisión escrutadora en leer el registro de los documentos que fueron introducidos en el arca triclave, sí constituiría una mengua al principio de publicidad, pero a la luz

de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no tendría la capacidad suficiente para afectar la validez o credibilidad de los registros de las respectivas mesas de votación, puesto que existen otros mecanismos y espacios de participación que resguardan esos valores, ya que en todo caso el escrutinio se realiza en audiencia pública, con la intervención de todos los actores políticos e institucionales, quienes están plenamente habilitados para formular las reclamaciones o peticiones que sean menester para asegurar la autenticidad y veracidad de lo manifestado por el pueblo en las urnas.

Es decir, que la posible omisión al deber impuesto por la parte inicial del artículo 163 del C.E., a lo sumo sería de interés para los órganos que juzgan la conducta disciplinaria de los servidores públicos, pero no para la jurisdicción de lo contencioso administrativo al momento de juzgar la legalidad del respectivo acto de elección, debido a que ello no solo no constituiría una falsedad en los registros o formularios electorales, sino que tampoco afectaría de manera importante los principios de publicidad y contradicción, los cuales están mucho más asegurados desde que entró en vigor la Ley 1475 de 2011 que implementó medidas como iniciar al escrutinio inmediatamente después del cierre de la jornada electoral, el escaneo del formulario E-14 por parte de funcionarios de la RNEC y el uso de medios tecnológicos como cámaras fotográficas o de video por parte de los testigos electorales para obtener registros de los documentos electorales (Art. 41).

Además, no es cierto que en lo atinente a la publicidad de las actas se haya presentado mutismo absoluto de parte de los integrantes de la comisión escrutadora. Todo lo contrario, en el acta de la Comisión Escrutadora Auxiliar se dejó la siguiente constancia:

“Se dispuso que **concluida la lectura de todos los pliegos electorales de las mesas escrutadas** por la comisión y totalizados en el sistema suministrado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y la compañía contratista, se procederá a dar lectura y posteriormente a firmar las Actas Parciales (formulario E-26) y el Acta General de Escrutinio.

Siendo las diez y cincuenta de la noche (10:50 PM) y habiendo llegado los pliegos electorales o documentos que permita[n] a esta Comisión Auxiliar dar inicio a los escrutinios, a ello se procede **con la presencia de los candidatos, apoderados y testigos electorales** que concurren al acto”.<sup>95</sup> (Las negrillas son de la Sala)

Y, como prueba irrefutable de que en efecto el escrutinio sí se cumplió en las 47 mesas que fueron informadas por la parte demandante, que se hizo con la debida publicidad y con observancia del principio de contradicción puesto que en algunos casos incluso se practicó recuento a la votación por iniciativa de los interesados, la Sala muestra en la siguiente tabla lo ocurrido en las mismas. Veamos:

<sup>95</sup> Cuaderno de Pruebas 35 fls. 5 a 30.

**Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"**

Alberto Yepes Barreiro

	Mesa			E-24	Acta	Normal
1	010	17	000003	148	Sin novedad	Sí es Normal
2	010	17	000004	147	Destruyó tarjetón adicional voto en blanco	Sí es Normal
3	010	17	000014	97	Hubo recuento	Sí es Normal
4	010	17	000017	44	Sin novedad	Sí es Normal
5	010	18	000001	128	Sin novedad	Sí es Normal
6	010	18	000002	152	Sin novedad	Sí es Normal
7	010	18	000003	152	Sin novedad	Sí es Normal
8	010	18	000006	164	Sin novedad	Sí es Normal
9	010	18	000015	178	Sin novedad	Sí es Normal
10	010	18	000030	82	Sin novedad	Sí es Normal
11	010	18	000032	97	Sin novedad	Sí es Normal
12	010	19	000004	190	Sin novedad	Sí es Normal
13	010	19	000005	160	Hubo recuento: Part. 004 indican 13 votos, al totalizar indica 003. Son 13 votos.	Sí es Normal
14	010	19	000008	158	Sin novedad	Sí es Normal
15	010	19	000011	170	Hubo recuento en votos nulos y no marcados: 8 nulos y 17 no marcados	Sí es Normal
16	010	19	000015	159	Sin novedad	Sí es Normal
17	010	19	000016	177	Sin novedad	Sí es Normal
18	010	19	000017	139	Part. 005 Cand. 107 tiene 1 voto a diferencia del E-14 Transmisión que no tiene votos	Sí es Normal
19	010	19	000020	154	Hubo recuento. Se corrige part. 11 a 1 voto, blanco 19, afro 2, nulos 24, indig. 0	Sí es Normal
20	010	19	000022	131	Hubo recuento por enmendadura en E-14 en votos depositados: 131 votos	Sí es Normal
21	010	19	000026	115	Sin novedad	Sí es Normal
22	010	20	000002	124	Sin novedad	Sí es Normal
23	010	20	000003	139	Hubo recuento. Total votos part. 008 en E-14 necesitaba precisión, se encontraron 28 votos no incluidos en el E-14.	Sí es Normal
24	010	20	000012	151	Sin novedad	Sí es Normal
25	010	20	000019	157	Hubo recuento. Enmendadura Part. 009 y 008 (part. 008 cand. 101 total 006 votos)	Sí es Normal
26	010	20	000021	162	Sin novedad	Sí es Normal
27	010	20	000023	118	Sin novedad	Sí es Normal
28	010	20	000032	72	Sin novedad	Sí es Normal
29	010	20	000036	110	Hubo recuento. Votos nulos 18 quedan 19. Centro Dem. Pierde 1 voto; part. 008 verifica 34 votos; Nulos 19; Centro Dem. 14.	Sí es Normal
30	010	21	000005	173	Sin novedad	Sí es Normal
31	010	21	000021	161	Hubo recuento. E-14 indicó 151 y son 161	Sí es Normal
32	010	22	000001	151	Sin novedad	Sí es Normal
33	010	22	000002	167	Sin novedad	Sí es Normal
34	010	22	000005	142	Sin novedad	Sí es Normal

	Mesa			E-24	Acta	Normal
35	010	22	000010	172	Sin novedad	Sí es Normal
36	010	22	000016	151	Sin novedad	Sí es Normal
37	010	22	000017	121	Sin novedad	Sí es Normal
38	010	22	000019	97	Sin novedad	Sí es Normal
39	010	23	000003	163	Sin novedad	Sí es Normal
40	010	23	000007	133	Sin novedad	Sí es Normal
41	010	23	000008	151	Sin novedad	Sí es Normal
42	010	23	000015	148	Sin novedad	Sí es Normal
43	010	23	000019	95	Sin novedad	Sí es Normal
44	010	24	000004	137	Sin novedad	Sí es Normal
45	010	24	000006	169	Sin novedad	Sí es Normal
46	010	24	000010	173	Sin novedad	Sí es Normal
47	010	24	000011	165	Sin novedad	Sí es Normal

En fin, los principios de publicidad y contradicción fueron debidamente garantizados por la Comisión Escrutadora Auxiliar, quien se encargó de dar lectura a los documentos electorales en presencia de los candidatos, sus apoderados y los testigos electorales. Por tanto, el cargo no prospera.

#### 4.2. “Mesas con más votos que sufragantes”

La señora BLANCA OLIVA CASAS cuestionó la legalidad de la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., con base en que en ciertas mesas de votación el número de votos computados resultó ser mayor al número de personas registradas en la mesa como sufragantes, es decir porque hubo más votos que votantes (E-11 < E-24). Señaló que por el carácter reservado del formulario E-11 no tuvo acceso al mismo y que por ello el número de votantes “*se ha tomado del que se determina de la parte superior del formulario E-14, en donde se debe escribir por parte de los jurados el número de sufragantes que concurren a votar,...*”<sup>96</sup>.

Antes de cualquier apreciación sobre esta modalidad de falsedad, la Sala hace claridad en torno a que la Lista y registro de votantes o formulario E-11, documento en el que los jurados de votación deben anotar el nombre de las personas que se acercaron a ejercer su derecho al voto, no tiene carácter reservado como equivocadamente lo entiende la parte actora.

Una revisión al Código Electoral lleva a establecer que únicamente tienen reserva: (i) las listas del personal de oficiales, suboficiales y miembros de las distintas armas que los Comandantes de las Fuerzas Armadas deben suministrar a la RNEC; y (ii) las listas del personal de guardianes de las cárceles que deben elaborarse por parte del Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones con destino a la misma entidad<sup>97</sup>. En estos casos el artículo 86 prevé que la

información debe entregarse con tres meses de antelación para que sean excluidos de las listas de sufragantes. Del mismo modo, tienen reserva “*las informaciones que reposen en los archivos de la Registraduría referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica*”. (Art. 213 lb.).

Pues bien, como no es cierto que el formulario E-11 sea un documento sometido a reserva, no se puede admitir la propuesta de la parte actora, quien considera que la comparación de las cifras relativas al total de votos y al total de sufragantes debe surtirse con base en los datos que al efecto se plasman en el formulario E-14, esto es que de allí se tome tanto el total de personas que asistieron a votar a la mesa, como el total de votos escrutados en la misma. El correcto análisis del cargo pasa por comparar los guarismos con los que se totalizó tanto el formulario E-11 o Lista y registro de votantes, como el formulario E-24 mesa a mesa o acta parcial de escrutinio; en el primer caso porque allí se consigna el número total de personas que se presentó a la mesa a ejercer su derecho al voto, y en el segundo porque en el formulario E-24 mesa a mesa se anota el número definitivo de votos contabilizados en cada mesa de votación.

Ya en materia, la Sala recuerda que la falsedad en los documentos o registros electorales, como causal de nulidad que es, asume diferentes formas. Una de ellas es la que denuncia la parte actora, consistente en que en una determinada mesa de votación resulta un mayor número de sufragios en el formulario E-24 con respecto al número de electores que se registró en el formulario E-11 o Lista y registro de votantes.

General de Aduanas y las Secretarías de Hacienda Departamentales respecto de los guardas de aduanas y rentas departamentales. Sin embargo, es preciso señalar que estos funcionarios ya no existen. En lugar de dicho cuerpo se creó la Policía Fiscal y Aduanera por medio de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998 “*Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*”, integrada por efectivos de la Policía Nacional. Sobre dicha institución igualmente se pueden consultar la Ley 633 de 2000 y los Decretos 517 de 2001 y 4048 de 2008.

<sup>96</sup> Exp. 201400048 C. 1º fl. 331.

<sup>97</sup> La norma también incluye las listas que debe suministrar la Dirección

El anterior formulario, según lo previsto en el artículo 114 del C.E., es suministrado por la RNEC a los jurados de votación con el propósito de que una vez identificado el elector por medio de su cédula de ciudadanía, se le permita votar y simultáneamente sea registrado en esa lista de sufragantes. De otro lado, el artículo 142 de la misma obra, modificado por el artículo 16 de la Ley 6ª de 5 de enero de 1990, establece que “Los resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán constar en el acta [Formulario E-14], expresando los votos obtenidos por cada lista o candidato...”; y, el artículo 169 *ibidem* prevé que los resultados de los escrutinios anteriores realizados a nivel distrital y municipal “se harán constar en actas parciales, que expresarán en letras y números los votos obtenidos por cada lista o candidato...”, actas que en la práctica corresponden al formulario E-24 que en principio debe coincidir con el formulario E-14.

Como es de suponer, y bajo la regla de *una persona un voto*, que sin ninguna discusión materializa el principio de igualdad en la democracia participativa, el total de personas que concurran a votar y que sean anotadas en el formulario E-11 o Lista y registro de sufragantes, no puede ser superior al total de votos escrutados en la misma mesa de votación, aunque de hecho sí puede ser inferior porque de ordinario ocurre que los ciudadanos no votan por todas las autoridades a elegir.

Si durante los escrutinios los jurados de votación observan que el número total de votos computados en el formulario E-24 es mayor al número total de sufragantes registrados en el formulario E-11, deben solucionar el impase en la forma dispuesta en el artículo 135 del C.E. Es decir, que todos los votos “se introducirán de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación, se sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente”, procedimiento del cual debe quedar constancia en el acta de escrutinio, en particular del número final de tarjetas electorales, que servirán para escrutar en definitiva la mesa.

Empero, si en sede administrativa no se logra corregir la anterior anomalía, la misma puede servir de fundamento para alegar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la falsedad en los registros electorales, pues como se dijo arriba el ordenamiento jurídico no admite la posibilidad de que resulten más votos que sufragantes, ya que esos votos excedentes necesariamente serán el resultado de la intervención de manos fraudulentas.

La Sección Quinta del Consejo de Estado dijo sobre esta forma de falsedad:

“La circunstancia de que en las actas de escrutinio de los jurados (Formulario E-14) se consignen más votos que votantes (Formulario E-11), produce una alteración de la verdad electoral, y puede dar lugar a la anulación del acto de elección.

Ello porque en la medida en que cada ciudadano está habilitado para depositar un voto, en la respectiva mesa solo puede aparecer un número de sufragios consecuente con el de electores. Aquellos que se contabilicen más allá del de votantes habrán sido incluidos en forma irregular.

Al respecto esta Sala ha dicho:

“... sí constituye una irregularidad cuando el acta de escrutinio del jurado de votación –Formulario E-14– registra un número mayor que la lista y registro de votantes –Formulario E-11–, puesto que el número de votos no puede ser superior al número de votantes, por la sencilla razón de que cada ciudadano tiene derecho a un solo voto”.<sup>98</sup>

Ahora, puede suceder que en una mesa de votación sean depositados más votos de los posibles habida cuenta del número de personas que sufragaron, pero tal circunstancia no puede trascender a las actas de escrutinio porque en los artículos 134 y 135 del Código Electoral se establece la manera de corregir tal anomalía, asunto que le corresponde a los jurados de votación”.<sup>99</sup>

Ahora, el examen de las pruebas relacionadas con las dos mesas frente a las cuales se admitió este cargo, revela lo siguiente:

	Mesa			E-11	E-24	Acta	Normal
1	015	03	000018	137	132	Sin novedad	Si es Normal
2	015	11	000002	156	139	Hubo recuento.	Si es Normal

En los dos casos la situación es completamente normal, ya que no se presenta un mayor número de votos con respecto al total de votantes, por el contrario el número de sufragios es inferior al número de sufragantes, realidad que por no desconocer el principio *una persona un voto* conduce a la improsperidad del cargo.

#### 4.3. “Mesas con apocricidad en los registros del E-24 y que se consolidó (sic) en el formulario E-26 de Declaración de elección”

En esta ocasión la parte demandante duda de la legalidad del acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., en concreto porque se presentó falsedad en los registros electorales, debido a que la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano JUAN CARLOS LOZADA VARGAS (102) y ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (111), fue adulterada a nivel de los formularios E-14 y E-24 sin ninguna justificación válida.

<sup>98</sup> Sentencia del 7 de diciembre de 2001, Exp. 2755.

<sup>99</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 20 de mayo de 2010. Expediente: 880012331000200800001-01. Demandado: Leandro Pájaro Balseiro. Demandado: Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. M.P. Filemón Jiménez Ochoa.

El proceso de escrutinio está compuesto por una cantidad importante de pasos que se van agotando en forma escalonada y cuya práctica se documenta en formatos cuyo diseño, elaboración, custodia y distribución le compete a la RNEC. Uno de los documentos a diligenciar en los escrutinios está a cargo de los jurados de mesa y corresponde al Acta de escrutinio de jurados de votación o formulario E-14, que se emplea para consignar los resultados del escrutinio de mesa, esto es los votos depositados por las diferentes opciones políticas, incluso las tarjetas no marcadas, los votos nulos y los votos en blanco. Del mismo se expiden dos ejemplares, que si bien deben reflejar igual contenido no siempre es así porque se diligencian por separado, uno con destino a los claveros para que lo introduzcan en el arca triclave y el otro para los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que en la actualidad también se denomina formulario E-14 de transmisión y que se escanea y publica en la página web de la entidad.

De igual modo, cuando el escrutinio pasa a manos de los integrantes de las comisiones escrutadoras auxiliares, zonales, municipales o distritales, según el caso, esos funcionarios deben diligenciar, entre otros documentos, el acta parcial de escrutinio o formulario E-24 mesa a mesa y por supuesto el acta general de escrutinio. Como el escrutinio a cargo de dichos funcionarios se debe surtir, en principio, con base en las actas de escrutinio de jurados de votación o formularios E-14, la regla es que haya plena identidad entre los votos computados en uno y otro documento, es decir que las opciones políticas deben figurar en el formulario E-24 con la misma votación que aparece en el formulario E-14.

No obstante, puede suceder que al comparar el contenido de esos documentos electorales los guarismos no sean iguales, lo cual ocurre por las siguientes razones. En primer lugar, porque el Código Electoral prevé el recuento de las tarjetas electorales bajo precisas circunstancias, cuyo resultado puede ser la ratificación de lo anterior o la modificación del cómputo inicial, procedimiento que en todo caso debe hacerse constar en el acta general de escrutinio para dar cuenta de lo acaecido y explicar el cambio. Y en segundo lugar, porque las cifras hayan sido modificadas sin ninguna justificación válida, gracias a la intervención de personas interesadas en alterar ilegalmente la voluntad popular expresada en las urnas.

En la última situación se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 3° del CPACA, que hace nulas las elecciones porque los documentos electorales contienen registros que no coinciden con la realidad. Esta forma de falsedad, por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, fue explicada por la jurisprudencia de esta corporación en estos términos:

“El proceso de escrutinio parte del cómputo que en primera instancia realizan los jurados de votación, al cierre de la respectiva jornada electoral, para lo cual se guían por lo dispuesto en el artículo 136 del C.E., según el cual deben proceder *“... a hacer el escrutinio*

*y a anotar en la correspondiente acta el número de votos emitidos a favor de cada lista o candidato”*., labor que debe hacerse constar en un acta conocida como formulario E-14, del cual deben extenderse dos ejemplares iguales que llevarán la firma de dichos funcionarios y que se remitirán, uno con destino al arca triclave y otro para los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil (Art. 142 mod. Ley 6ª/90 Art. 12).

Una vez extraídos los documentos del arca triclave y luego de dar comienzo a los escrutinios a cargo de las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares, según el caso, quienes de ordinario lo hacen con base en los formularios E-14 de cada mesa de votación, salvo que deba practicarse un recuento, los resultados de los escrutinios *“... se barán constar en actas parciales, que expresarán en letras y número los votos obtenidos por cada lista o candidato y las demás circunstancias determinadas en el modelo oficial”*. (Art. 169 lb.), documento del cual se sacan cuatro ejemplares con destino al Presidente del Tribunal Administrativo, a la Registraduría correspondiente, a los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y al gobernador. El documento que así se produce se denomina formulario E-24 y una de sus características más sobresalientes es el grado de detalle con el que se elabora, puesto que refleja la votación depositada a favor de cada candidato o lista, mesa a mesa.

Los pormenores que ofrece el formulario E-24 permite a los interesados y desde luego al juez electoral, establecer si la información allí reportada es fiel trasunto de lo escrutado por los jurados de votación en los formularios E-14. Cuando no hay coincidencia entre los votos reportados frente a una determinada opción política, surge un indicio de falsedad que solamente puede configurarse como tal si examinadas las actas generales de escrutinio no se halla constancia de que el cambio obedece a una corrección o a un recuento legalmente autorizados, cambio que en las circunstancias actuales también puede ser fruto de actuaciones del CNE. Es decir, que si no hay una justa causa que sustente la disparidad, el caso se debe tener como una falsedad”.<sup>100</sup>

Además, la experiencia ha demostrado que a pesar del deber legal de que los dos ejemplares del formulario E-14 sean iguales en su contenido, suele ocurrir que entre ellos surgen algunas divergencias que hacen más complejo el análisis del cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, debido a que el proceso de comparación requiere como paso previo la definición del modelo con mayor mérito probatorio.

<sup>100</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 10 de mayo de 2013. Expedientes acumulados: 110010328000201000061-00 y otros. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República 2010-2014. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

La Sala zanjó esta discusión en reciente pronunciamiento, en el que analizó el mérito probatorio tanto del formulario E-14 Claveros como del formulario E-14 Delegados, y llegó a la conclusión de que la cadena de custodia del primero es mucho más estricta y que por tanto reviste mayor credibilidad. El razonamiento fue el siguiente:

“En primer lugar, porque la falsedad denunciada por la demandante parte de comparar los resultados que frente a los candidatos 102 y 103 del Partido de la U, se presentaron en el formulario E-14 Delegados y en el formulario E-24 municipal, sin tomar en cuenta que el primero de ellos no es el documento con el que legalmente debe realizarse el escrutinio.

Según el derrotero que legalmente debe seguir el proceso de escrutinio, una vez finalizada la jornada electoral los jurados de votación deben practicar el escrutinio de los votos depositados en la respectiva mesa, cómputo que debe hacerse constar en la denominada Acta de Escrutinio de Jurados de Votación o Formulario E-14, con la precisión de los votos que haya obtenido cada alternativa política, incluidos por supuesto el voto en blanco, los votos nulos y las tarjetas no marcadas. De esa acta o formulario los jurados deben expedir *“dos (2) ejemplares iguales... [que] serán válidos y se destinarán así: uno para el arca triclave y otro para los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil”*. (C.E. Art. 142; mod. Ley 6/90 Art. 12). Lo anterior determina que en la práctica se cuente con 2 formularios E-14, uno conocido como E-14 Claveros y otro como E-14 Delegados.

Como su nombre lo indica, el formulario E-14 Claveros se designa así por ser el documento que, junto a los demás documentos electorales (salvo el E-14 Delegados), es entregado por el Presidente del Jurado a los Registradores Municipales o a sus delegados, quienes a su vez son los encargados de *“entrega[r]los a los claveros respectivos dentro del término que se les haya señalado”* (Art. 144 Ib; mod. Ley 62/88 Art. 8), para que sean estos los que finalmente los *“... introdu[zc]an y guard[en] en un (1) arca de tres (3) cerraduras o candados denominados arca triclave”*. (Art. 145 C.E.).

El martes siguiente a la jornada electoral, a las 9:00 a.m., y una vez abierta el arca triclave, se da inicio al escrutinio con base en los documentos allí introducidos, el cual se desarrolla hasta las 9:00 p.m., del mismo día, y si no logra culminarse se continuará por los siguientes días calendario en la misma jornada, hasta finalizarlo (Arts. 160 y 163 Ib (mod. Ley 62/88 Art. 11).

Esta breve descripción permite a la Sala evidenciar que del Acta de Escrutinio de Jurados de Votación o formulario E-14, se expiden dos ejemplares, uno que

se deposita en el arca triclave y otro que se remite a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil. Igualmente permite advertir que el escrutinio se realiza con el formulario E-14 Claveros y no con el formulario E-14 Delegados, por ser el primero el depositado en el arca triclave y que sirve de soporte al conteo de la votación. Y que los dos ejemplares deben ser *“iguales”* entre sí y son *“válidos”*, es decir que los votos registrados en uno deben tener plena correspondencia con los votos consignados en el otro; además, la validez no hace más que reproducir la presunción de legalidad inherente a los documentos públicos, que en este caso se predica de ambos documentos.

Lo discurrido permite afirmar a la Sala que el cargo por falsedad en los registros electorales, cuando se cotejan los formularios E-14 y E-24, debe formularse comparando la información registrada en el último contra lo consignado en el E-14 Claveros, por ser este el documento que se emplea para consignar la votación resultante del escrutinio que en la mesa realizan los jurados.

Ahora, contra lo dicho podría afirmarse que si los 2 ejemplares del E-14 tienen que ser iguales entre sí, y además de ello válidos, ninguna distinción habría de hacerse entre esos documentos para efectos de plantear el cargo por falsedad. Sin embargo, tal hipótesis no sería admitida por la Sala porque (i) la experiencia ha demostrado —como en este caso— que no siempre son iguales esos ejemplares, (ii) la cadena de custodia es más rigurosa y garantista frente al E-14 Claveros, y (iii) pese a que los dos ejemplares se presumen legales o válidos, y cierto su contenido, la sana crítica permite al juez de lo electoral asignar mérito probatorio a cada uno de los mismos, sistema que lleva a reconocer mayor credibilidad a la información reportada por el documento cuya seguridad queda resguardada con la intervención de los jurados, de los testigos electorales, de los delegados del Registrador, de la Fuerza Pública y de los claveros, esto es el E-14 Claveros”.<sup>101</sup>

Lo concluido por la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre la preponderancia probatoria que tiene el Formulario E-14 Claveros respecto del Formulario E-14 Delegados solamente se aplica en los casos en que el operador jurídico cuente con los dos ejemplares y entre ellos existan diferencias en cuanto a los votos computados a las opciones políticas. Por ende, si dentro del acervo probatorio no se cuenta con el primero de esos documentos es viable que el fallador tome para el estudio la votación reportada en el formulario E-14 Delegados que conforme a lo previsto en el artículo 142 del C.E. (Mod. Ley 6/90 Art. 12), cuenta con los presupuestos de igualdad y validez respecto de su par.

<sup>101</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 25 de agosto de 2011. Expedientes acumulados: 110010328000201000045-00 y otro. Demandantes: Sandra Liliana Ortiz Nova y otro. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá. M. P. (E) Susana Buitrago Valencia.

Así las cosas, el cargo de falsedad que se formula en torno a la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano Juan Carlos Lozada Vargas (102) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111), se examinará teniendo como parámetros de comparación la información que a cada uno de ellos le figura en los formularios E-14 Claveros y E-24 mesa a mesa, junto con las actas de escrutinio. Subsidiariamente y en ausencia del primero, se acudirá al formulario E-14 Delegados, motivo por el cual igualmente aparecerá en la tabla, en la que se identificará

la mesa por la zona, el puesto y su número, igualmente aparecerán el número del partido (P), el número del candidato (C), los valores que se registraron en los formularios E-14 Claveros (E-14), E-14 Delegados (E-14D), E-24 y la diferencia entre ellos (si la hay); igualmente tendrá una columna destinada a la constancia dejada por la comisión escrutadora, otra columna para calificar la situación en cuanto a si es o no normal y, por último, dos columnas que reflejarán los votos a sumar o restar al candidato respectivo. El estudio refleja:

	Mesa			P	C	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
1	008	16	000029	001	111	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
2	011	02	000085	001	102					Mesa no existe	Inexistente Mesa		
3	090	01	000006	001	111	3	3	0	3	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	3	
4	090	01	000027	001	102	2	2	2	0	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	Sí es Normal		

El estudio anterior deja ver que al candidato del Partido Liberal Colombiano, señor Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111), le descontaron indebidamente 3 votos. Empero, solamente hasta que se estudien las demandas restantes se podrá concluir si la presunción de legalidad del acto acusado se mantiene en pie o no.

**5. Proceso Electoral No. 201400062 de Henry Hernández Beltrán**

El demandante impugnó la legalidad del acto objeto de estudio con fundamento en que en los registros electorales se presentó falsedad, específicamente porque la votación escrutada a favor de los señores Telésforo Pedraza Ortega (101) y Jairo

Gómez Buitrago(102), candidatos inscritos por el Partido Conservador Colombiano, fue manipulada ya que al comparar los formularios E-14 y E-24, al primero le adicionaron votos que en verdad no obtuvo y al segundo le descontaron votos que en efecto sí conquistó.

El estudio de las irregularidades denunciadas con esta demanda, que se tipifican como falsedad en los documentos electorales por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, se hará a partir de las precisiones conceptuales efectuadas por la Sala frente a la demanda interpuesta por la señora Blanca Oliva Casas (201400048), y utilizando la tabla con el mismo diseño. Veamos:

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
1	004	12	000012	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
2	004	12	000020	002	102	1	1	0	1	Hubo recuento por inconsistencias en E-14	Sí es Normal - Recuento		
3	004	22	000004	002	101	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
4	004	27	000008	002	101	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal		1
5	004	27	000017	002	101	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
6	005	03	000003	002	102	1	1	1	0	Hubo recuento	Sí es Normal		
7	005	03	000005	002	101	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal		1
8	005	03	000010	002	101	3	3	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
9	005	06	000001	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
10	005	06	000035	002	101	1	1	1	0	Hubo recuento por error aritmético	Sí es Normal		
11	005	06	000051	002	102	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
12	005	10	000014	002	101	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"

Alberto Yepes Barreiro

	Mesa	Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta	
13	005	13	000018	002	101	1	1	2	-1	Hubo recuento, antes 1 voto, ahora 2	Sí es Normal - Recuento	
14	005	13	000018	002	102	6	6	6	0	Hubo recuento	Sí es Normal	
15	006	02	000011	002	102	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3
16	006	02	000034	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
17	006	07	000006	002	102	0	1	0	0	Sin novedad	Sí es Normal	
18	007	13	000002	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
19	007	16	000003	002	102	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1
20	008	12	000019	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
21	008	19	000003	002	101	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal	1
22	008	19	000018	002	102	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1
23	008	20	000005	002	102	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1
24	008	26	000006	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
25	008	27	000011	002	101	1	1	1	0	Hubo recuento	Sí es Normal	
26	009	01	000006	002	102	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3
27	009	01	000015	002	102	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
28	009	01	000054	002	101	1	1	1	0	Sin novedad a pesar de tachaduras.	Sí es Normal	
29	009	02	000018	002	101	3	3	3	0	Hubo recuento	Sí es Normal	
30	009	11	000009	002	101	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal	1
31	010	16	000003	002	102	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1
32	010	23	000015	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
33	010	25	000003	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
34	010	25	000020	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
35	010	25	000021	002	101	0	0	3	-3	Sin novedad	No Normal	3
36	010	25	000021	002	102	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3
37	010	33	000014	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
38	010	39	000010	002	102	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1
39	011	17	000017	002	101	0	0	1	-1	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento	
40	011	17	000030	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
41	011	17	000042	002	101	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
42	011	17	000047	002	101	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal	1
43	011	31	000041	002	101	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal	1
44	012	01	000022	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
45	012	08	000009	002	102	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
46	013	01	000014	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
47	014	03	000010	002	102	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1
48	014	03	000012	002	102	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
49	016	06	000011	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	
50	016	06	000038	002	102	2	2	1	1	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento	
51	016	19	000007	002	102	11	11	1	10	Sin novedad	No Normal	10
52	016	24	000005	002	102	1	1	0	1	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento	
53	016	24	000006	002	101	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal	
54	018	02	000007	002	101	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal	

	Mesa	Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
55	018	02	000007	002	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal
56	018	23	000017	002	102	1	2	1	0	Sin novedad	Sí es Normal
57	019	12	000025	002	101	2	0	2	0	Hubo recuento por ausencia de firmas en el E-11	Sí es Normal

El resultado del estudio anterior revela la existencia de falsedades en la votación de los candidatos concernidos. Al candidato Telésforo Pedraza Ortega (101) porque le adicionaron indebidamente 9 votos, y al candidato Jairo Gómez Buitrago (102) porque le sustrajeron ilegalmente 25 votos. Sin embargo, como ya lo dijo la Sala en precedencia, habrá que esperar el resultado de la demanda que sigue para determinar la verdadera magnitud del fraude electoral en los escrutinios de la Cámara de Representante de Bogotá, D. C. (2014-2018).

#### 6. Proceso Electoral No. 201400064 de Andrés Felipe Villamizar Ortiz

En la demanda interpuesta por este ciudadano la legalidad de la elección de los Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., se puso en entredicho porque se falseó la votación de los candidatos del Partido Liberal Colombiano, señores Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) y Juan Carlos Lozada Vargas (102), ya que al comparar los registros de los formularios E-14 y E-24 se advirtió que al primero le descontaron votos que sí obtuvo mientras que al segundo le adicionaron votos sin ninguna justificación en el acta general de escrutinio.

Las inconsistencias que se mencionan en esta demanda y respecto de las cuales se produjo el auto admisorio, dieron lugar a que las autoridades electorales emitieran algunos actos administrativos, cuya legalidad es también objeto de censura. Esos actos son los siguientes:

1.- Resolución 015 de 31 de marzo de 2014<sup>102</sup> "Por medio del cual (sic) se resuelven unas Reclamaciones presentadas ante la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.", con la cual los integrantes de esa comisión decidieron de la siguiente forma:

"Artículo primero: **Denegar** las reclamaciones relacionadas en la parte motiva del presente acto, de conformidad con las razones expuestas.

Artículo segundo: Contra la presente procede el recurso de apelación.

Artículo tercero: Conceder el recurso de apelación interpuesto dentro del escrito de solicitud de los Radicados: 1, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252,

253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 318, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 527.

Artículo cuarto: Notificar en estrados a los peticionarios, de conformidad con el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986".

2. Resolución 001 de 1º de abril de 2014<sup>103</sup> "Por medio del cual (sic) se resuelven unos Recursos de Apelación contra la Resolución No. 15 del 31 de marzo 2014 (sic) proferida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.", a través de la cual la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., resolvió:

"Artículo primero: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 015 del 31 de marzo de 2014 "Por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones presentadas ante la comisión escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.", de conformidad con la parte motiva del presente Acto.

Artículo segundo: Contra la presente no procede recurso alguno.

Artículo tercero: Notificar en estrados a los peticionarios, de conformidad con el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986".

3. Resolución 003 de 1º de abril de 2014<sup>104</sup> "Por medio del cual (sic) se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.", con la cual esa comisión dispuso:

"Artículo primero: Conceder el agotamiento del requisito de procedibilidad de las solicitudes relacionadas en la parte motiva del presente acto, de conformidad con las razones expuestas.

102 Exp. 201400064 C. 1º fls. 105 a 117.

103 Exp. 201400064 C. 1º fls. 118 a 125.

104 Exp. 201400064 C. 1º fls. 126 a 129.

Artículo segundo: Contra la presente resolución proceden los recursos de ley.

Artículo tercero: Notificar en estrados a los peticionarios, de conformidad con el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986”.

4. Auto 006 de 1º de abril de 2014<sup>105</sup> “*Por medio del cual se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.*”, con la cual dicha comisión decidió:

“Artículo primero: Rechazar por falta de competencia las solicitudes relacionadas en la parte motiva del presente acto, de conformidad con las razones expuestas.

Artículo segundo: Contra la presente no procede recurso alguno.

Artículo tercero: Notificar en estrados a los peticionarios, de conformidad con el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986”.

Las Resoluciones 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital y 001 de 1º de abril del mismo año de la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., que denegaron lo pedido con base en el principio de eventualidad o preclusión, esto es porque carecían de competencia para asumir el conocimiento de esas irregularidades, son acusadas de falsa motivación. La parte actora así lo considera tras señalar que no es cierto que las únicas autoridades habilitadas para conocer de esas inconsistencias sean las comisiones escrutadoras auxiliares, ya que esa atribución también la tenían esas comisiones.

Actos como los acusados no pueden surgir de la mera discrecionalidad de las autoridades electorales, ya que deben motivarse. Esto es, la decisión que se adopta debe tener unos fundamentos jurídicos y fácticos ciertos, conformes a la realidad. Si no hay correspondencia entre las razones en que se soporta el acto y el mundo ontológico se produce la causal de nulidad por falsa motivación, que en la jurisprudencia de esta Sección “*ba sido entendida como aquella modalidad de vicios del acto que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública*”<sup>106</sup>.

Pues bien, en lo que respecta a la autoridad ante quien se deben denunciar las irregularidades en la votación y los escrutinios, valga decir las inconsistencias constitutivas de falsedad tales como las diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, en el numeral 3 del acápite “3. Cuestiones previas” de esta

providencia ya señaló la Sala que conforme a la jurisprudencia<sup>107</sup> de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ello se debe cumplir a más tardar ante la “*autoridad administrativa correspondiente*” (C.P. Art. 237 mod. A. L. 01/09), esto es ante la autoridad electoral con competencia para declarar la elección.

Por lo anterior, y en virtud a que la denuncia de los casos de falsedad en sede administrativa se hizo ante la Comisión Escrutadora Distrital, concluye la Sala que el razonamiento empleado en primera instancia por esta comisión y acogido en segunda instancia por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., no se ajustó a la realidad normativa y jurisprudencial, según la cual la oportunidad para poner en conocimiento ese tipo de inconsistencias vence en el escrutinio que le corresponde hacer a la autoridad electoral competente para declarar la elección, en este caso la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.

Así, es claro para la Sala que se configura la causal de falsa motivación en cuanto a las Resoluciones 015 de 31 de marzo de 2014 de la Comisión Escrutadora Distrital y 001 de 1º de abril del mismo año dictada por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., y que en el fondo lo que se produjo fue una indebida omisión por parte de las autoridades electorales en revisar las inconsistencias que oportunamente le fueron dadas a conocer.

Empero, la validez del acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), no sucumbe por la sola ilegalidad de aquellos actos, dado que el sustrato de la acusación es la presencia de falsedades en los registros electorales, con lo cual se activa el principio de la eficacia del voto en el sentido de que el acto acusado únicamente será nulo en cuanto las irregularidades probadas tengan la capacidad suficiente para modificar el resultado electoral contenido en el acto *sub examine*.

Así lo expresó con total claridad esta Sección en un pronunciamiento en el que determinó que, ante omisiones como esta, hay que ir más allá del acto que impidió el estudio de las inconsistencias para estudiar los casos de falsedad y establecer, primero, si son ciertos, y segundo, si son de magnitud bastante para cambiar los escrutinios finales. Veamos:

“7.- Señala igualmente el demandante que la elección resulta nula porque en la Resolución 1704 de 14 de julio de 2010 el CNE dejó de revisar 80 mesas de votación previamente seleccionadas para ello. Al margen de si es cierto o no que en dicho acto el CNE dejó de revisar 80 mesas de votación que fueron denunciadas como contentivas de irregularidades, lo que interesa a la discusión es establecer si esa omisión, *per se*, hace nula la elección.

105 Exp. 201400064 C. 1º fls. 130 a 133.

106 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 8 de octubre de 2014. Expediente: 760012333000201301316-02. Demandante: Oscar Rodríguez Baquero. Demandado: Notario Primero del Círculo de Palmira. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

107 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Expediente: 110010328000201000064-00. Demandante: Orsinia Patricia Polanco Jusayú. Demandados: Representantes a la Cámara por la circunscripción Indígena. M. P. Alberto Yepes Barreiro.

La legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara una elección por voto popular puede anularse ante la ocurrencia de alguna de las causales generales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, o por la configuración de cualquiera de las causales establecidas en los artículos 223, 227 y 228 de la misma obra.

Sin embargo, cuando la nulidad se fundamenta en la ocurrencia de irregularidades en la votación y en los escrutinios, esto es por la alteración o falsedad en los registros electorales, que es la causal 2ª de nulidad del artículo 223 del C. C. A., la presunción de legalidad del acto enjuiciado no puede removerse por el solo hecho de que el CNE se abstenga de estudiar las anomalías puestas en conocimiento, ya que en tal hipótesis entra en juego el principio de la eficacia del voto consagrado en el artículo 1º del C.E., por virtud del cual la anulabilidad de la elección pende de la magnitud o incidencia que las irregularidades probadas puedan llegar a tener frente a la misma.

Recuérdese que la denuncia o puesta en conocimiento de irregularidades durante las votaciones y los escrutinios, se cumple en el marco del requisito de procedibilidad implementado con el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, mediante el cual se adicionó el parágrafo al artículo 237 Constitucional, que tiene la finalidad primaria de servir de control previo a ese tipo de anomalías por parte de la respectiva autoridad electoral, pero que a su vez tiene el cometido mediato de habilitar a los interesados para llevar al conocimiento del juez electoral ese tipo de distorsiones.

Por lo mismo, la abstención u omisión que pueda llegar a presentar el CNE en torno al estudio y decisión de las irregularidades puestas en conocimiento, no hace por sí misma nula la elección y mucho menos falsos los registros electorales. Y como el propósito de hacer conocer esas anomalías es el de cumplir el requisito de procedibilidad constitucionalmente establecido, el único efecto jurídico que ello produce para el proceso electoral es el de dar acceso a la administración de justicia, para que sea el juez de lo electoral quien dictamine si las irregularidades son ciertas y determine el efecto que puedan tener en la validez de la elección<sup>108</sup>.

108 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 10 de mayo de 2013. Expedientes acumulados: 110010328000201000061-00. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República. M. P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre el particular también se pueden consultar los siguientes pronunciamientos: (i) Sentencia de 25 de agosto de 2011. Expedientes: 110010328000201000045-00 y 110010328000201000046-00. Demandantes: Sandra Liliana Ortiz Nova y otro. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá. M. P. Susana Buitrago Valencia; y (ii) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 26 de noviembre de 2012. Expedientes: 110010328000201000049-00, 110010328000201000093-00 y

De otro lado, igualmente se cuestiona la legalidad del Auto 006 y la Resolución 003 de 1º de abril de 2014, proferidos por la Comisión Escrutadora General, porque en el caso del auto la decisión se adoptó bajo la forma de un acto de trámite y no de un acto administrativo, lo cual impidió el acceso a la segunda instancia, y porque se afirmó que carecía de competencia para estudiar las irregularidades denunciadas; y en el caso de la resolución porque no es cierto que sobre lo mismo ya se hubiera pronunciado la Comisión Escrutadora Distrital.

En cuanto al Auto 006 la Sala observa que la alegada falta de competencia no era una razón válida para dejar de examinar las irregularidades que fueron dadas a conocer a las autoridades electorales, pues como ya se precisó líneas arriba, esa denuncia se puede hacer ante la comisión escrutadora a quien le corresponde declarar la elección, que en este caso es la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C. Por tanto, no es necesario abordar los demás cuestionamientos que se le hacen a este acto administrativo.

Y, en lo que se refiere a la Resolución 003 de 1º de abril de 2014, a través de la cual se declaró agotado el requisito de procedibilidad sin hacer examen alguno a las inconsistencias denunciadas porque “con anterioridad las mismas fueron atendidas y resueltas de manera oportuna por la Comisión Escrutadora Distrital...”, la Sala reitera lo dicho en su jurisprudencia sobre que en estos eventos el acto carece de la aptitud requerida para ser objeto de examen de legalidad, debido a que no contiene una decisión de naturaleza electoral sino que por el contrario se trata de un pronunciamiento que únicamente cumple el propósito de agotar el requisito de procedibilidad. Así lo determinó, entre otros, en el siguiente fallo:

“Por lo mismo, no son pasibles de demanda de nulidad electoral los actos que pese a haber sido proferidos en el contexto de los escrutinios, no contienen decisiones administrativas definitivas concernientes a los mismos, como sucede con las asumidas para dar impulso a la actuación administrativa o con aquellos pronunciamientos que no tienen efecto jurídico alguno frente a los escrutinios. Es decir, que en tratándose de irregularidades en la votación y los escrutinios debe ser un pronunciamiento sobre la materialidad de las mismas, como sin duda lo serían las decisiones que eventualmente asuman las autoridades electorales en torno a falsedades en los registros electorales, bien para modificarlos o ya para dejarlos incólumes, y siempre y cuando esos actos sean demandados conjuntamente con el acto de elección”<sup>109</sup>.

110010328000201000096-00. Demandantes: Pedrito Tomás Pereira Caballero y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Bolívar. M. P. Susana Buitrago Valencia.

109 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 10 de mayo de 2013. Expedientes: 110010328000201000061-00 y otros. Demandantes: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República 2010-2014. M. P. Alberto Yepes Barreiro.

**Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"**

Alberto Yepes Barreiro

Por tanto, frente a la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 se proferirá fallo inhibitorio ya que con la misma no se asumió ninguna decisión frente a los escrutinios y, por tanto, solamente sirvió para acreditar el agotamiento del requisito de procedibilidad.

La misma tesis no puede aplicarse a los demás actos administrativos impugnados con esta demanda, ya que con ellos sí se tomó una decisión definitiva durante los escrutinios, pues si bien se denunció la presencia de irregularidades en la votación y los escrutinios, tales como falsedades en los documentos electorales, la misma fue denegada con el argumento de que su presentación no fue oportuna, posición que se desvirtuó en esta providencia en consideración a que

las peticiones se radicaron en instancia anterior al escrutinio practicado por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., quien de acuerdo con lo prescrito en el artículo 237 Constitucional, adicionado por el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, es la autoridad electoral investida de la facultad de declarar la elección de Representantes a la Cámara por el distrito capital.

Así las cosas, y dado que con esta demanda también se está cuestionando la veracidad de la votación computada a los candidatos del Partido Liberal Colombiano, señores Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) y Juan Carlos Lozada Vargas (102), bajo las reglas ya fijadas por la Sala en esta providencia, se procede al examen de cada uno de los casos denunciados, así:

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
1	001	01	000024	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
2	001	02	000012	001	111	3	3	2	1	Hubo recuento general	Sí es Normal - Recuento		
3	001	03	000021	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
4	001	04	000019	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
5	001	05	000012	001	111	1	1	0	0	Sin novedad	No Normal	1	
6	001	08	000051	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
7	001	08	000057	001	102	2	2	3	-1	Sin novedad	No Normal		1
8	001	08	000078	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
9	001	12	000023	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
10	001	12	000116	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
11	001	13	000025	001	111	3	3	1	2	Sin novedad	No Normal	2	
12	001	15	000016	001	102	3	3	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
13	001	17	000021	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
14	001	21	000004	001	102	0	0	1	-1	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento		
15	002	01	000044	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
16	002	03	000031	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
17	002	04	000015	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
18	002	04	000024	001	102	0	0	9	-9	Recuento por Inconsistencias en el E14.	Sí es Normal - Recuento		
19	002	06	000001	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
20	002	09	000023	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
21	002	11	000025	001	102	1	1	2	-1	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento		
22	002	15	000009	001	102	2	2	3	-1	Sin novedad	No Normal		1
23	003	01	000011	001	111	3	3	1	2	Sin novedad	No Normal	2	
24	003	04	000019	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
25	003	06	000013	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
26	003	07	000001	001	102	0	0	2	-2	Hubo recuento. Para ajustar la mesa se sumaron a los datos 6 votos	Sí es Normal - Recuento		
27	003	07	000006	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
28	003	09	000016	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
29	004	05	000025	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
30	004	06	000005	001	111	5	5	1	4	Sin novedad	No Normal	4	
31	004	08	000006	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
32	004	08	000020	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
33	004	10	000001	001	102	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal		1
34	004	16	000056	001	102	1	0	1	0	Hubo recuento. Antes: 0, ahora:1	Sí es Normal - Recuento		
35	004	16	000056	001	111	2	2	0	2	Hubo recuento. Antes: 2, ahora 0	Sí es Normal - Recuento		
36	004	17	000004	001	102		2	3	-1	Hubo recuento para el P 001	Sí es Normal - Recuento		
37	004	24	000006	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
38	004	27	000006	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
39	005	03	000018	001	102	0	0	1	-1	Hubo recuento por error aritmético	Sí es Normal - Recuento		
40	005	07	000022	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
41	005	13	000005	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
42	005	18	000006	001	102	2	2	3	-1	Hubo recuento por inconsistencias en el E-14.	Sí es Normal - Recuento		
43	005	21	000003	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
44	006	02	000014	001	102	4	0	4	0	Sin novedad	Sí es Normal		
45	006	02	000026	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
46	006	05	000003	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
47	006	07	000024	001	102	0	0	0	0	Sin novedad	Sí es Normal		
48	006	07	000024	001	111	3	3	2	1	Sin novedad	No Normal	1	
49	007	01	000028	001	111	0	1	0	0	Sin novedad	Sí es Normal		
50	007	02	000006	001	102	0	0	2	-2	Sin novedad	No Normal		2
51	007	06	000012	001	102	1	0			Sin novedad	Faltan pruebas		
52	007	06	000077	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
53	007	07	000045	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
54	007	08	000011	001	102	1	1	1	0	Hubo recuento	Sí es Normal		
55	007	08	000011	001	111	4	4	0	4	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	4	
56	007	13	000011	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
57	007	13	000012	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
58	007	16	000010	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Si es Normal		
59	007	25	000002	001	111	3	3	0	3	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	3	
60	007	27	000001	001	102	13	13	13	0	Sin novedad	Sí es Normal		
61	008	01	000005	001	111	1	1	0	1	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	1	

**Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"**

Alberto Yepes Barreiro

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
62	008	02	000002	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
63	008	05	000025	001	102	3	0	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
64	008	06	000019	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
65	008	07	000020	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
66	008	15	000009	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
67	008	16	000036	001	111	3	3	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
68	008	16	000050	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
69	008	17	000011	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
70	008	19	000022	001	111	0	1	0	0	Sin novedad	Sí es Normal		
71	008	22	000023	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
72	008	23	000012	001	102	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
73	008	25	000016	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
74	008	27	000005	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
75	008	29	000015	001	102	5	0	5	0	Hubo recuento	Sí es Normal		
76	008	30	000013	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
77	008	50	000006	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
78	008	50	000007	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
79	009	01	000032	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
80	009	05	000006	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
81	009	11	000002	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
82	009	11	000012	001	102	3	0	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
83	009	13	000023	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
84	009	17	000014	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
85	010	02	000070	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
86	010	02	000074	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
87	010	02	000078	001	111	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
88	010	02	000080	001	111	2	2	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
89	010	02	000083	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
90	010	11	000005	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
91	010	11	000039	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
92	010	13	000033	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
93	010	13	000052	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
94	010	18	000035	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
95	010	23	000013	001	111	5	5	4	1	Hubo recuento en los partidos 1, 8 y nulos	Sí es Normal - Recuento		
96	010	23	000024	001	111	4	4	3	1	Hubo recuento por más votos que votantes	Sí es Normal - Recuento		
97	010	26	000009	001	111	5	5	0	5	Sin novedad	No Normal	5	
98	010	31	000010	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
99	010	36	000004	001	102	6	6	6	0	Sin novedad	Sí es Normal		
100	010	40	000001	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
101	010	40	000061	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
102	011	01	000037	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
103	011	01	000057	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
104	011	02	000013	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
105	011	04	000007	001	111	1	1	0	1	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	1	
106	011	04	000030	001	111	5	5	3	2	Hubo recuento antes 5 votos, ahora 3	Sí es Normal - Recuento		
107	011	08	000028	001	102	3	0	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
108	011	08	000031	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
109	011	08	000058	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
110	011	09	000011	001	102	0	0	3	-3	Sin novedad	No Normal		3
111	011	09	000014	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
112	011	10	000018	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
113	011	11	000086	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
114	011	12	000015	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
115	011	21	000007	001	102	0	0	2	-2	Sin novedad	No Normal		2
116	011	21	000007	001	111	3	3	2	1	Sin novedad	No Normal	1	
117	011	24	000008	001	102	0	0	1	-1	Hubo recuento general por falta de información en E-14	Sí es Normal - Recuento		
118	011	24	000009	001	111	2	2	2	0	Hubo recuento por diferencia de 10% entre corporaciones, No hubo modificaciones	Sí es Normal		
119	011	24	000011	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
120	011	24	000014	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
121	011	25	000052	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
122	011	26	000067	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
123	011	30	000002	001	102	0	0	2	-2	Hubo recuento	Sí es Normal - Recuento		
124	012	01	000002	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
125	012	04	000002	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
126	012	06	000034	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
127	012	09	000004	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
128	012	09	000013	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
129	013	04	000011	001	102	3	0	3	0	Sin novedad	Sí es Normal		
130	013	04	000017	001	102	6	6	6	0	Sin novedad	Sí es Normal		
131	013	04	000017	001	111	0	0	0	0	Sin novedad	Sí es Normal		
132	013	07	000001	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
133	013	10	000050	001	102	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal		1
134	014	04	000006	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
135	014	08	000010	001	111	2	2	1	1	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	1	
136	015	01	000020	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
137	015	02	000006	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
138	015	03	000010	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	

**Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"**

Alberto Yepes Barreiro

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
139	015	04	000001	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
140	015	05	000019	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
141	015	05	000026	001	111	3	3	1	2	Sin novedad	No Normal	2	
142	015	05	000029	001	111	4	4	1	3	Sin novedad	No Normal	3	
143	015	11	000001	001	102	1	1	2	-1	Sin novedad	No Normal		1
144	015	12	000009	001	111	6	6	1	5	Sin novedad	No Normal	5	
145	016	01	000025	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
146	016	01	000028	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
147	016	01	000033	001	111	1	1	0	1	Excluida por falta de firmas en E-14	Exclusión de la mesa		
148	016	02	000012	001	111	5	5	4	1	Hubo recuento por más votos que votantes	Sí es Normal - Recuento		
149	016	02	000019	001	111	3	3	0	3	Sin novedad. Bolsa rota	No Normal	3	
150	016	04	000007	001	111	1	1	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
151	016	13	000041	001	102	1	0	1	0	Sin novedad	Sí es Normal		
152	016	16	000003	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
153	016	16	000019	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
154	016	17	000002	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
155	016	22	000017	001	111	4	4	0	4	Sin novedad	No Normal	4	
156	016	23	000010	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
157	017	01	000007	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
158	018	01	000028	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
159	018	01	000032	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
160	018	02	000017	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
161	018	02	000022	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
162	018	06	000003	001	111	0	2	0	0	Sin novedad	Sí es Normal		
163	018	07	000003	001	111	5	5	1	4	Sin novedad	No Normal	4	
164	018	07	000004	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
165	018	07	000005	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	
166	018	14	000014	001	111	5	5	0	5	Sin novedad	No Normal	5	
167	018	15	000009	001	111	7	7	6	1	Sin novedad	No Normal	1	
168	018	18	000018	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
169	018	20	000036	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
170	018	21	000017	001	111	6	6	6	0	Sin novedad	Sí es Normal		
171	018	25	000006	001	111	43	43	1	42	Sin novedad	No Normal	42	
172	018	28	000003	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
173	018	32	000004	001	102	0	0	1	-1	Sin novedad	No Normal		1
174	019	06	000001	001	111	3	3	1	2	Sin novedad	No Normal	2	
175	019	08	000023	001	111	1	1	0	1	Hubo recuento por diferencia entre E-14 y lo que arroja el sistema	Sí es Normal - Recuento		
176	019	13	000020	001	111	2	2	0	2	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal - Recuento	2	

	Mesa			Part.	Cand.	E-14	E-14 D	E-24	Dif.	Acta de escrutinio	Normal	Suma	Resta
177	019	20	000018	001	111	3	3	0	3	Sin novedad	No Normal	3	
178	019	22	000002	001	111	1	1	0	1	Sin novedad	No Normal	1	
179	019	24	000004	001	102	2	0	2	0	Sin novedad	Sí es Normal		
180	019	30	000005	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
181	019	32	000006	001	111	2	2	0	2	Sin novedad	No Normal	2	
182	090	01	000006	001	111	3	3	0	3	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	Corregido en otro proceso		
183	090	01	000019	001	111	1	1	0	1	Hubo recuento. No cambió votación del candidato.	No Normal	1	
184	090	01	000444	001	111	2	2	1	1	Sin novedad	No Normal	1	

Este estudio evidencia que sí se presentaron falsedades en los documentos electorales, ya que al candidato Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111) le sustrajeron irregularmente 238 votos, mientras que al candidato Juan Carlos Lozada Vargas (102) le asignaron sin ninguna justificación válida 19 votos de más.

### 7. Estudio de incidencia - Principio de eficacia del voto

La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a partir de lo normado en el artículo 1º numeral 3 del C.E., que trata lo relativo al principio de la eficacia del voto<sup>110</sup>, diseñó en los procesos de nulidad electoral por causales objetivas una teoría encaminada a determinar el punto exacto en el que la presunción de legalidad del acto acusado se rompe, surgida del reto que representaba establecer cuál era el número de inconsistencias que se necesitaban para concluir que el acto de elección acusado en verdad no beneficiaba al demandado o demandados sino a otro u otros.

Esa teoría se hizo indispensable porque en el contexto democrático colombiano el acto administrativo por medio del cual se declara una elección por votación popular, es el producto de la aplicación de un sistema de representación proporcional para proveer los cargos en las corporaciones públicas, o de un sistema de representación mayoritaria para escoger a quienes se desempeñarán en los cargos unipersonales. Y, porque en ambos casos no basta con acreditar la existencia de cualquier cantidad de falsedades sino de una de magnitud tal que tenga la capacidad que se requiere para modificar el resultado consignado en el acto cuestionado. Al efecto se discurió:

<sup>110</sup> La norma establece lo siguiente: "Artículo 1. 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:

<sup>3º</sup> 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".

"Esta Sala ha reiterado la necesidad de que en relación con esta clase de irregularidades se realice el análisis de su incidencia en el resultado electoral, para de allí establecer si prospera o no la pretensión de nulidad por esa causal, en aplicación del principio de la eficacia del voto, consagrado en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral; de donde se desprende que ante la existencia de elementos falsos en los registros electorales que conduzcan a la declaración de nulidad de una elección es indispensable que estos hayan sido determinantes en el resultado electoral, vale decir, que puedan producir verdaderas mutaciones o alterantes de dicho resultado.

De allí que, con base en la teoría de la eficacia del voto construida por la jurisprudencia de esta Corporación, en el caso *sub iudice* previamente y para efectos de adoptar la decisión con respecto al cargo apoyado en la causal 2ª del artículo 223 del C.C.A, es imperativo realizar el análisis sobre la incidencia en el resultado electoral de los votos falsos o apócrifos probados, de tal manera que cuando de él se deduzca que la expresión democrática mayoritaria se halla comprometida por el volumen de votos encontrados irregulares, se acceda a la petición de nulidad del acto electoral, y si por el contrario, no se afectan los resultados electorales, a pesar de probarse las irregularidades, el cargo sea desestimado".<sup>111</sup>

Esta jurisprudencia fue positivizada con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que en el artículo 287 se estableció como presupuesto de la sentencia anulatoria del acto de elección popular, lo siguiente:

"Para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la

<sup>111</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 22 de mayo de 2008. Expediente: 110010328000200600119-00 (4060-4068). Demandante: Wilmer Fernando Mendoza Ramírez y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por La Guajira. M. P. Filemón Jiménez Ochoa.

**Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"**

Alberto Yepes Barreiro

nulidad de la elección por voto popular, cuando el juez establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos".

Por lo mismo, en situaciones como esta, en la que las falsedades probadas son de incidencia particular, pues están focalizadas en la votación de candidatos debidamente individualizados, la decisión de anular o no

el acto censurado pasa por ajustar la votación válida en los precisos términos en que se probó la falsedad, esto es agregando los votos que hayan sido indebidamente suprimidos, y restando los votos que sin ningún motivo legal hayan sido adicionados.

Con tal fin, la Sala recuerda que el consolidado de los votos falsos que fueron cabalmente probados dentro de los procesos acumulados es el siguiente:

Candidato		Votos			
Código	Nombre	Iniciales	Suma	Resta	Reales
001-102	Juan Carlos Lozada Vargas	17.663		19	17.644
001-111	Andrés Felipe Villamizar Ortiz	17.620	241		17.861
002-101	Telésforo Pedraza Ortega	10.973		9	10.964
002-102	Jairo Gómez Buitrago	10.635	25		10.660

A continuación, y a partir de la información consignada en el formulario E-26 con el cual se declaró la elección censurada, se tiene que la votación ajustada es la que sigue:

Cod	Partido o movimiento	V. inic.	Modific.	Nuevo total
001	Partido Liberal Colombiano	191.611	222	191.833
002	Partido Conservador	63.340	16	63.356
003	Partido Opción Ciudadana	26.622		26.622
004	Partido Cambio Radical	104.876		104.876
005	Partido Alianza Verde	166.388		166.388
008	Movimiento "Mira"	83.131		83.131
009	Partido de la U (Partido Social de Unidad Nacional)	160.867		160.867
010	Polo Democrático Alternativo	130.417		130.417
011	Movimiento Político Cien por Cien Colombia	3.499		3.499
013	Partido Unión Patriótica - UP	26.577		26.577
137	Partido Centro Democrático	324.162		324.162

La votación ajusta permite calcular el **umbral** de la siguiente forma:

Total votos por listas		1.281.728
Votos en blanco		204.593
Total votos válidos		1.486.321
Número de curules		18
Umbral		41.287

Los partidos que superaron el umbral corresponden a los siguientes:

137	Partido Centro Democrático	324.162
001	Partido Liberal Colombiano	191.833
005	Partido Alianza Verde	166.388
009	Partido de la U (Partido Social de Unidad Nacional)	160.867
010	Polo Democrático Alternativo	130.417
004	Partido Cambio Radical	104.876
008	Movimiento "Mira"	83.131
002	Partido Conservador	63.356

El cálculo de la cifra repartidora, en los términos del artículo 263A de la Constitución Política, modificado por el artículo 21 del Acto

Legislativo 02 de 2015, corresponde a 55.462,6666 y se explica en el siguiente cuadro:

Part	votos	Dividido por								
		1	2	3	4	5	6	7	8	9
137	324.162	324.162	162.081	108.054	81.041	64.832	54.027	46.309	40.520	36.018
001	191.833	191.833	95.917	63.944	47.958	38.367	31.972	27.405	23.979	21.315
005	166.388	166.388	83.194	55.463	41.597	33.278	27.731	23.770	20.799	18.488
009	160.867	160.867	80.434	53.622	40.217	32.173	26.811	22.981	20.108	17.874
010	130.417	130.417	65.209	43.472	32.604	26.083	21.736	18.631	16.302	14.491
004	104.876	104.876	52.438	34.959	26.219	20.975	17.479	14.982	13.110	11.653
008	83.131	83.131	41.566	27.710	20.783	16.626	13.855	11.876	10.391	9.237
002	63.356	63.356	31.678	21.119	15.839	12.671	10.559	9.051	7.920	7.040

Part	Votos	Dividido por									
		10	11	12	13	14	15	16	17	18	
137	324.162	32.416	29.469	27.014	24.936	23.154	21.611	20.260	19.068	18.009	
001	191.833	19.183	17.439	15.986	14.756	13.702	12.789	11.990	11.284	10.657	
005	166.388	16.639	15.126	13.866	12.799	11.885	11.093	10.399	9.788	9.244	
009	160.867	16.087	14.624	13.406	12.374	11.491	10.724	10.054	9.463	8.937	
010	130.417	13.042	11.856	10.868	10.032	9.316	8.694	8.151	7.672	7.245	
004	104.876	10.488	9.534	8.740	8.067	7.491	6.992	6.555	6.169	5.826	
008	83.131	8.313	7.557	6.928	6.395	5.938	5.542	5.196	4.890	4.618	
002	63.356	6.336	5.760	5.280	4.874	4.525	4.224	3.960	3.727	3.520	

Ahora, con fundamento en la cifra repartidora y en la votación depurada de las falsedades que se probaron dentro de los procesos acumulados, la Sala encuentra que el número de

curules para cada uno de los partidos que superaron el umbral es el que sigue:

Partido o movimiento político	Total votos	Curules	Decimal
137 Partido Centro Democrático	324.162	5	0,844688319
001 Partido Liberal Colombiano	191.833	3	0,458777075
005 Partido Alianza Verde	166.388	3	0,000000000
009 Partido de la U (Partido Social de Unidad Nacional)	160.867	2	0,900455562
010 Polo Democrático Alternativo	130.417	2	0,351437604
004 Partido Cambio Radical	104.876	1	0,890929634
008 Movimiento "Mira"	83.131	1	0,498864101
002 Partido Conservador	63.356	1	0,142317956

Y, con base en los nuevos resultados la lista de elegidos sería esta:

Cód.	Partido	Nombre	Cód.	Candidato	Votos		
					Iniciales	Modif.	Nuevo T
1	137 Partido Centro Democrático	Nombre	101	María Fernanda Cabal Molina	324.162		324.162
2			102	Esperanza María Pinzón de Jiménez			
3			103	Tatiana Cabello Flórez			
4			104	Edward David Rodríguez Rodríguez			
5			105	Samuel Alejandro Hoyos Mejía			
			106	Liliana Alfonso Jaimes			
6	001 Partido Liberal Colombiano	Nombre	104	Olga Lucía Velásquez Nieto	23.621		23.621
7			101	Clara Leticia Rojas González	22.712		22.712
8			111	Andrés Felipe Villamizar Ortiz	17.620	241	17.861
			102	Juan Carlos Lozada Vargas	17.663	-19	17.644

	Partido		Candidato		Votos		
	Cód.	Nombre	Cód.	Nombre	Iniciales	Modif.	Nuevo T
9			110	Angélica Lisbeth Lozano Correa	31.419		31.419
10	005	Partido Alianza Verde	101	Ángela María Robledo Gómez	21.844		21.844
11			109	Inti Raúl Asprilla Reyes	17.388		17.388
			104	Samir José Abisambra Vesga	13.135		13.135
12	009	Partido de la U (Partido Social de Unidad Nacional)	107	Carlos Arturo Correa Mojica	25.503		25.503
13			110	Efraín Antonio Torres Monsalvo	23.403		23.403
			118	Wilson Hernando Gómez Velásquez	17.418		17.418
14	010	Polo Democrático Alternativo	101	Carlos Germán Navas Talero	46.353		46.353
15			110	Alirio Uribe Muñoz	20.194		20.194
			107	Deisy Katherin Silva Vásquez	8.080		8.080
16	004	Partido Cambio Radical	101	Rodrigo Lara Restrepo			
			102	Carlos Orlando Ferreira Pinzón	104.876		104.876
17	008	Movimiento "Mira"	101	Carlos Eduardo Guevara Villalón	16.222		16.222
			105	Daniel Esteban Caicedo Salazar	7.468		7.468
18	002	Partido Conservador	101	Telésforo Pedraza Ortega	10.973	-9	10.964
			102	Jairo Gómez Buitrago	10.635	25	10.660

La Sala, después de comparar estos resultados con los que se plasmaron en el acto demandado, logra concluir que el proceso de depuración de los escrutinios mediante los ajustes necesarios por la falsedad en los registros electorales, sí modifica el resultado de la elección. En efecto, en la lista inscrita por el Partido Liberal Colombiano la tercera y última curul conquistada por esta organización ya no sería para el candidato Juan Carlos Lozada Vargas (102), puesto que su votación real pasó de 17.663 a 17.644, sino que sería para el candidato Andrés Felipe Villamizar Ortiz (111), porque su verdadera votación pasó de 17.620 a 17.861.

Hasta el día de hoy la jurisprudencia de la Sección Quinta había asumido como línea de conducta que en todos los procesos de nulidad en que se invalidara una elección popular por la presencia de falsedades en los registros electorales, se debía practicar nuevo escrutinio mediante la programación de una audiencia para el efecto, cuya realización, según lo dispuesto en el artículo 288 numeral 4 inciso 2º del CPACA debía cumplirse entre el 2º y el 5º día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo. El numeral 2 de esta norma dispone sobre los efectos de la nulidad que:

"2.- Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarará la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. **De ser necesario** el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios". (La Sala pone negrillas).

De acuerdo con lo anterior el legislador defirió al juez electoral la facultad de establecer en qué casos es necesario practicar

nuevos escrutinios y en cuáles no. Esta decisión, en los procesos de nulidad por causales objetivas como falsedades en los registros electorales, debe adoptarse según el material probatorio obrante en el proceso sobre los registros electorales, es decir, que si el operador judicial tiene a su alcance todos y cada uno de los documentos necesarios para fijar la verdad de los resultados electorales, la práctica de nuevos escrutinios no solamente resulta superflua sino contraria a caros valores constitucionales como el de la eficacia con asiento en los artículos 209 constitucional<sup>112</sup> y 3º numeral 11 del CPACA<sup>113</sup>, según el cual debe hacerse todo lo posible porque la decisión definitiva llegue con prontitud.

De igual forma, con la atribución consignada en el artículo 288 numeral 2º del CPACA se busca desarrollar el postulado

112 La norma enseña: "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

113 Esta norma expresa: "Artículo 3º. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.....

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. (...)"

de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo consagrado en el artículo 228 Superior<sup>114</sup> en lo que respecta a la actividad judicial. Para la Sala no hay duda que la práctica de nuevo escrutinio, como efecto de un fallo anulatorio, termina siendo un desgaste jurisdiccional innecesario cuando dentro del proceso obran todos los documentos requeridos para determinar la verdad de los escrutinios; y, por otro lado, retrasa la sanción legal que implica la invalidez del acto espurio, el retiro de la persona que ocupa el cargo o corporación pública respectivos sin el debido respaldo popular, y la conformación de esos cuadros de poder por las personas legitimadas para ello con el favor de los electores reflejado en las urnas.

Por tanto, la Sala determina que de ahora en adelante cuando se anule una elección por voto popular gracias a la presencia de falsedades en los documentos electorales, la práctica de nuevos escrutinios solamente se realizará cuando sea verdaderamente necesario, ya que si dentro del plenario existen los medios de prueba indispensables para fijar la verdad de los resultados electorales, lo procedente es invalidar el acto acusado e impartir las órdenes previstas en el artículo 288 numeral 2 del CPACA.

## 8. Conclusión

De lo expuesto la Sala colige que hay lugar a anular el acto de elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), con ocasión de las demandas interpuestas por los señores Blanca Oliva Casas (201400048) y Andrés Felipe Villamizar Ortiz (201400064), y los demás actos administrativos que se cuestionaron con la última, ya que con las mismas se probó que la votación de dos de los candidatos del Partido Liberal Colombiano fue objeto de falsedad, en el caso del señor Villamizar Ortiz (111) porque padeció una merma injustificada de 241 votos, y en el caso del señor Lozada Vargas (102) porque sin ninguna explicación le adicionaron 19 votos.

Por tanto, la nulidad se limitará a la elección de Juan Carlos Lozada Vargas, candidato 102 del Partido Liberal Colombiano, a quien se le cancelará la credencial que le fue entregada por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C. Y, en su lugar se declarará la elección de Andrés Felipe Villamizar Ortiz, candidato 111 del mismo partido político, como Representante a la Cámara por Bogotá, D. C. (2014-2018), a quien una vez en firma se le entregará la respectiva credencial.

En cambio, se negarán las pretensiones de la demanda instaurada por Henry Hernández Beltrán (201400062), porque si bien se probó que hubo falsedades en la votación al interior de la lista inscrita por el Partido Conservador Colombiano, dado que al candidato Télésforo Pedraza Ortega (101) le adicionaron injustificadamente 9 votos y porque al candidato Jairo Gómez

Buitrago(102) le descontaron sin ninguna explicación 25 votos, ello no produce ninguna modificación en el acto de elección ni en cuanto al número de curules obtenidas por esa organización, ni por las personas que resultaron beneficiadas con las mismas.

Además, se proferirá fallo inhibitorio sobre la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 *“Por medio del cual (sic) se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.”*, ya que no adoptó ninguna decisión de fondo frente a los escrutinios y porque se limitó a declarar el agotamiento del requisito de procedibilidad.

Por último, se ordenará remitir copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

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:** Declarar la nulidad del formulario E-26CAM generado el 1º de abril de 2014, expedido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., por medio del cual se declaró la elección de Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C., para el período constitucional 2014-2018, únicamente en cuanto a la elección de **Juan Carlos Lozada Vargas**, candidato 102 del Partido Liberal Colombiano.

**Segundo:** Cancelar la credencial que la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C., le entregó a JUAN CARLOS LOZADA VARGAS.

**Tercero:** DECLARAR la elección de ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ, candidato 111 del Partido Liberal Colombiano, como Representante a la Cámara por Bogotá, D. C., período constitucional 2014-2018.

**Cuarto:** Expedir y entregar a Andrés Felipe Villamizar Ortiz, una vez en firme este fallo, la CREDENCIAL como Representante a la Cámara por Bogotá, D. C., período constitucional 2014-2018.

**Quinto:** DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

(i.-) Resolución 015 de 31 de marzo de 2014 *“Por medio de la cual se resuelven unas Reclamaciones presentadas ante la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.”*, expedida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.;

(ii.-) Resolución 001 de 1º de abril de 2014 *“Por medio de la cual se resuelven unos Recursos de Apelación contra la Resolución No. 15 del 31 de marzo de 2014 proferida por la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá, D. C.”*, dictada por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.;

<sup>114</sup> Esta disposición enseña: “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

(iii.-) Auto 006 de 1º de abril de 2014 "*Por medio del cual se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.*", emitido por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.

**Sexto:** DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por HENRY HERNÁNDEZ BELTRÁN (201400062).

**Séptimo:** DICTAR FALLO INHIBITORIO respecto de la Resolución 003 de 1º de abril de 2014 "*Por medio del cual (sic) se resuelven unas Solicitudes presentadas ante la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.*", proferida por la Comisión Escrutadora General de Bogotá, D. C.

**Octavo:** COMUNÍQUESE esta providencia al Registrador Nacional del Estado Civil, al presidente del Consejo Nacional Electoral y al presidente de la Cámara de Representantes.

**Noveno:** REMÍTASE copia de este fallo y de los formularios E-14 Delegados, E-14 Claveros, E-24 mesa a mesa y del acta de escrutinio respectivo de las mesas de votación en las que se probó falsedad, con destino a la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

**Décimo:** ACEPTAR la renuncia al poder presentada por los doctores JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA y MARTÍN

CAMILO PORTELA PERDOMO, como apoderados judiciales del Representante doctor JUAN CARLOS LOZADA VARGAS (fl. 830).

**Undécimo:** RECONOCER al doctor MARIO ALARIO MÉNDEZ, identificado con C.C. No. 19.145.687 de Cartagena y T.P. No. 19.284 del C. S. de la J., como apoderado judicial del Representante doctor JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, en los términos y para los fines del poder conferido (fl. 832).

**Decimosegundo:** RECONOCER al doctor CARLOS AUGUSTO CALDERÓN BETANCUR, identificado con C.C. No. 12.544.586 de Santa Marta y T.P. No. 88.427 del C. S. de la J., como apoderado judicial del doctor EMILIANO RIVERA BRAVO, quien actúa en calidad de presidente del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (fl. 833).

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

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL - Elección de Rector/UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL - 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 Universidad Pedagógica Nacional para la designación de Adolfo León Atehortúa Cruz como rector de dicho ente autónomo, por la ausencia de publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, a través del cual se convocó a la ciudadanía a participar en dicho proceso de selección.

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 Pedagógica Nacional, toda vez que, que existe plena prueba de que dicho ente autónomo tiene disposiciones concretas acerca de cómo debe realizarse el proceso de selección del rector.

En desarrollo del artículo 20, el Consejo Superior Universitario profirió de un lado, el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 en el cual expidió el “reglamento” para realizar la designación correspondiente y de otro, el Acuerdo N° 11 de abril de 2014 a través del cual se fijó el calendario para la designación correspondiente. Bajo este panorama, se puede concluir sin ambages que la Universidad Pedagógica cuenta con un procedimiento especial para la designación del rector, el cual fue desarrollado ampliamente por el Acuerdo N° 10 de 2 de abril de 2014 y por el Acuerdo N° 11 de 2 de abril 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 la demandante, en virtud de la autonomía universitaria que detenta dicha institución de educación superior. (...) el proceso de designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional está reglamentado en las normas universitarias 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.

Se probó que la universidad convocó a la ciudadanía en general para participar en el procedimiento de elección de rector,

llamado que se publicó en un periódico de amplia circulación nacional el día que el cronograma estipuló para el efecto, esto es el día 13 de abril de 2015. Así las cosas, para la Sala está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018, establecidas para el efecto por dicho ente universitario.

En síntesis, la Sección encuentra que no era imperativo que la publicidad de la convocatoria realizada por la Universidad Pedagógica Nacional 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 del CPACA 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*” en su edición dominical. 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 conforme a las disposiciones contenidas en la normativa de la Universidad Pedagógica Nacional para la elección del rector.

En consecuencia, aunque la publicación del Acuerdo N° 010 de abril de 2014, si se erige como requisito de validez del Acuerdo N° 15 de junio de 2014, lo cierto es que al cumplirse plenamente la divulgación del acto general, no se configura ningún reproche en el acto de elección.

Nota de Relatoría: Esa providencia es reiteración de la sentencia de 15 de octubre de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2015-00011-00. M. P. (e) doctor Alberto Yepes Barreiro. Sección Quinta.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá D. C, treinta (30) de octubre dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00

Actor: Natalia Calderón Páez

Demandado: Universidad Pedagógica Nacional

Electoral Única Instancia – Sentencia de Reiteración Jurisprudencial

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1. Las pretensiones

La ciudadana Natalia Calderón Páez interpuso demanda de nulidad electoral contra el Acuerdo N° 015 del 12 de junio de 2014, por medio del cual se designó al señor Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período comprendido entre el 1° de julio de 2014 y el 30 de junio de 2018.

Para el efecto presentó la siguiente pretensión:

*"Que se declare la nulidad del ACUERDO 15 DEL 12 DE JUNIO DE 2014 proferido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018"* (Mayúsculas en original).

#### 1.2. Los hechos

En síntesis, la demandante expuso que la elección del señor Atehortúa Cruz se encuentra viciada de nulidad debido a que tanto el acto definitivo de elección, como los previos de la actuación administrativa, no se publicaron en el *Diario Oficial*.

Manifestó que el día 2 de abril de 2014 el Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica profirió el Acuerdo N° 010 de 2014 a través del cual se estableció el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional período 2014-2018. En dicho acto, se fijaron claros parámetros acerca de cómo se desarrollaría la actuación administrativa tendiente a elegir al rector de la universidad.

La demandante sostuvo que el Acuerdo N° 10 de 2014, pese su clara incidencia en el acto de elección, no se publicó en el *Diario Oficial* pues su divulgación se realizó en un periódico de amplia circulación nacional.

Argumentó que en desarrollo de la convocatoria descrita en el Acuerdo N° 10 de 2014, el Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica expidió el Acuerdo N° 015 de 12 de junio de 2014 a través del cual se designó al señor Adolfo León Atehortúa Cruz como rector de dicho ente autónomo.

La accionante manifestó que el Acuerdo N° 015 de junio de 2014 tampoco fue publicado en el *Diario Oficial*, pese a que el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 65 del CPACA así lo exigían lo cual, a su juicio, deviene en la nulidad del acto de elección.

### 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirmó que la elección del señor Adolfo León Atehortúa Cruz se encuentra viciada de nulidad, comoquiera que fue realizada sin cumplir con el principio de publicidad de la convocatoria.

Para el efecto, sostuvo que el acto de elección desconoció el artículo 119<sup>2</sup> de la Ley 489 de 1998 y el 65 del CPACA<sup>3</sup>, porque pese a que dicha normativa impone la obligación de publicar los actos generales en el *Diario Oficial*, la Universidad de sustrajo de dicho mandato y únicamente publicó los actos en un periódico.

Asimismo, afirmó que las normas en cita son plenamente aplicables a las instituciones de educación superior, y por contera la Universidad Pedagógica no podía eximirse, con base en la autonomía de la que goza, de su deber legal de realizar la publicación de sus actos en el *Diario Oficial*.

Argumentó que aunque el Consejo de Estado ha sostenido que la falta de publicación de un acto general no es requisito de validez, sino de eficacia del mismo, esta Corporación también ha manifestado que cuando se expide un acto particular y concreto con base en dicho acto general, la falta de publicación se convierte en elemento de validez del acto particular, razón por la cual es claro, que la falta de publicación del Acuerdo N° 10 de abril de 2014 en el *Diario Oficial* se convirtió en requisito de validez del Acuerdo N° 15 de junio de 2014 y ante su ausencia el acto de elección es nulo.

2 La norma invocada como violada consagra: "ARTÍCULO 119. *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*".

3 "Artículo 65. *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 de 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*".

1 Folio 4 del Expediente.

Finalmente, señaló que el acto acusado desconoce la estructura del Estado unitario, pues con su expedición la universidad violó leyes que eran de imperativo cumplimiento para todas las entidades estatales, incluidas las universidades públicas.

## 2. Trámite procesal

Mediante auto de 14 de mayo de 2015, la Sala admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional elevada por la parte actora, toda vez que, en esa etapa procesal no se concretaron los elementos para suspender el acto acusado.

En esa misma providencia se ordenó la notificación personal del señor Adolfo León Atehortúa Cruz y del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica Nacional.

## 3. Contestaciones de la demanda

### 3.1. La Universidad Pedagógica Nacional

El ente universitario, por conducto de apoderado judicial, hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos expuestos en la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. Al efecto, expuso los siguientes argumentos:

- i) *El medio de control de nulidad electoral se interpuso una vez vencido el término de caducidad, toda vez que, la demanda se presentó casi 9 meses después de proferido el acto de elección.*
- ii) *La demanda es inepta, porque la pretensión no se ajustó a lo ordenado por el artículo 163 del CPACA<sup>4</sup>.*
- iii) *El principio de publicidad se satisfizo en el caso concreto, comoquiera que toda la actuación administrativa se publicó en la página web de la universidad, el cual es un medio de difusión especializado, masivo y de fácil consulta.*
- iv) *La Universidad actuó de conformidad con el régimen especial de origen constitucional que la rige:*

*Al respecto, argumentó que las universidades públicas gozan de autonomía, la cual comprende la facultad de regular la elección de sus directivas, es decir, la forma, el procedimiento y los requisitos para elegir las. Sostuvo que dentro de esta posibilidad, cabe*

<sup>4</sup> El artículo 163 dispone: "Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda".

*la de regular el proceso de elección del rector quien se encuentra cobijado por el concepto de directiva, pues así lo dispone la Ley 30 de 1992.*

v) Manifestó que la publicación del acuerdo en un medio de amplia circulación nacional se realizó con base en la normativa universitaria, especialmente, según lo estipulado en el Acuerdo N° 11 de abril de 2014<sup>5</sup> y en el Acuerdo 035 de 2005 en su artículo 20 que establece que la elección del rector se realizará de conformidad con la reglamentación hecha por la misma universidad.

vi) Sostuvo que el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 no era aplicable al caso concreto, porque dicha ley rige a los organismos y entidades de la rama ejecutiva, siendo claro que la Universidad Pedagógica es un ente universitario autónomo y, por lo tanto, no pertenece a dicha rama del poder público.

vii) En lo que concierne a los mandatos contenidos en el artículo 65 del CPACA, señaló que dicha disposición tampoco era aplicable, porque aquella se refiere a los actos generales y definitivos y no a los de trámite como el caso del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, pues en él no se adoptó ninguna decisión definitiva, sino únicamente se pusieron de presente los lineamientos que enmarcarían el proceso de elección del rector de la Universidad Pedagógica.

viii) Finalmente, concluyó que debía darse prevalencia al resultado de la consulta interna a la comunidad académica, en la que resultó ganador el señor Atehortúa Cruz con un amplio apoyo, sobre un aspecto meramente formal como lo es la publicación de un acto de trámite en el *Diario Oficial*.

Con base en lo anterior solicitó que se declarara la caducidad de la acción o se negaran las pretensiones de la demanda.

### 3.2. Rector de la Universidad Pedagógica – Adolfo León Atehortúa Cruz

A través de apoderado judicial, el demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda, ya que, según su criterio, la accionante no cumplió con la carga de explicar, determinar y numerar los hechos que sirvieron de base a su solicitud.

Asimismo, manifestó que, contrario a lo señalado por la parte actora, el acto de elección no tiene sustento en el Acuerdo N° 10 de abril de 2014, sino en el en el Acuerdo 035 de 2005, Estatuto General de la Universidad, el cual fue debidamente publicado en el *Diario Oficial* N° 46.129 de diciembre de 2005.

<sup>5</sup> "por el cual se fija el calendario para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional periodo 2014-2018".

Manifestó que el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 es un acto de trámite cuyo objetivo era, de un lado, fijar los lineamientos respecto a la elección demandada y, de otro, permitir que el mayor número de ciudadanos conociera y pudiera participar en el proceso de elección del rector de dicho ente autónomo. No obstante, al no ser un acto definitivo no debía publicarse en el *Diario Oficial*.

Concluyó que no se puede realizar una interpretación exegética de las normas que exigen la publicación en el *Diario Oficial*, no solo porque aquel es un medio "arcaico" de difusión, sino porque además el CPACA consagra las herramientas tecnológicas, como medios idóneos para realizar la notificación y publicación de los actos administrativos.

#### 4. Terceros coadyuvantes

Aunque la señora Katherine Martín Gutiérrez solicitó ser tenida como coadyuvante, el Despacho ponente mediante auto del 11 de agosto de 2015 no aceptó su intervención, debido a que del escrito presentado<sup>6</sup> se infería que su deseo era coadyuvar la demanda presentada contra la elección del Rector de la Universidad Nacional de Colombia, es decir, una elección distinta a la que se estudia en el proceso de la referencia.

#### 5. La audiencia inicial

El día 31 de agosto de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se decidieron las excepciones previas propuestas, se sancó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

En efecto, frente a la excepción de inepta demanda el Magistrado Ponente señaló que una vez revisada la demanda, era claro que aquella no era inepta, toda vez que: i) del libelo introductorio se podían extraer los hechos que sirvieron de fundamento para incoar la acción y ii) la pretensión elevada por la parte actora sí se ajustaba a lo exigido por el artículo 163 del CPACA.

En lo que concierne a la excepción de caducidad de la acción, el Ponente negó la misma, comoquiera que el medio de control de nulidad electoral se presentó dentro del lapso establecido en la ley.

De la decisión de negar la prosperidad de las excepciones previas se corrió traslado a las partes las cuales no interpusieron recurso alguno, razón por la cual **aquella quedó en firme**.

Respecto a las pruebas, se concedió a los documentos aportados por las partes el valor que les asignara la ley.

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.

De las decisiones descritas en precedencia se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme**.

#### 6. Alegatos de conclusión

El tiempo para alegar de conclusión corrió entre el 1° de septiembre de 2015 y el 14 de septiembre del año en curso, durante ese lapso se presentaron los siguientes alegatos de conclusión.

##### 6.1 La parte demandante

La **demandante** presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Reiteró que la omisión de la universidad de publicar en el *Diario Oficial* la convocatoria que realizó para la designación del rector, vicia de nulidad el acto de elección del señor Atehortúa Cruz, comoquiera que tanto el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, como el artículo 65 del CPACA así lo imponían.

Señaló que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia 13552 de 1998 afirmó que los actos administrativos de carácter general de la Universidad Pedagógica debían "*necesariamente publicarse en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto*".

Adujo que en la actualidad no se puede satisfacer el requisito de publicidad acudiendo a otros medios de comunicación, como gacetas o boletines de la universidad porque, según la ley, el *Diario Oficial* es el medio de publicación por excelencia de los actos que expidan las diferentes entidades públicas del país, dentro de las cuales se incluyen las universidades públicas.

Finalmente, concluyó que la autonomía universitaria no puede ser óbice para pretermitir la publicación en el *Diario Oficial* de los actos de contenido general, toda vez que, aquella no es una potestad absoluta y está limitada.

Según su criterio, uno de los límites impuestos a dicha facultad es la obligación que tienen todas las entidades estatales, incluidos los entes autónomos, de publicar sus actos en el *Diario Oficial*, tal y como lo estipulan el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 65 del CPACA.

Para la demandante, al no probarse que el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 se publicó en el *Diario Oficial*, se debe declarar la nulidad del Acuerdo N° 015 de junio de 2014, a través del cual se declaró la elección del demandado.

<sup>6</sup> En efecto a folios 122 a 125 obra documento de coadyuvancia en el que se afirma que la elección del Rector de la Universidad Nacional es nula porque desconoció los resultados de la consulta a la comunidad académica y que, por lo tanto, la Sección debía proceder a declarar su nulidad.

## 6.2 La parte demandada

### 6.2.1 Adolfo León Atehortúa Cruz

El demandado a través de apoderado, alegó de conclusión y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su solicitud, señaló que de conformidad con la Constitución las universidades públicas son entes que gozan de autonomía, razón por la cual dichas instituciones están facultadas para “*darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos*”.

Manifestó que la Universidad Pedagógica es un ente autónomo, toda vez que, así lo estipuló la Ley 197 de 1955.

Señaló que no le son aplicables las disposiciones de la Ley 489 de 1998, porque dicha legislación en su artículo 40 consagró que “*los entes universitarios autónomos, se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes*”.

En lo que concierne a la aplicación del artículo 65 del CPACA, sostuvo que aquel avala cualquier medio de comunicación para la divulgación del acto, entre los cuales se encuentran el *Diario Oficial*, la fijación de avisos, la distribución de volantes, el bando, la publicación en la página electrónica, entre otros, de lo cual se concluye que la universidad dentro del marco de su autonomía universitaria y dada la amplitud reconocida por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo podía publicar el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 en un medio diferente al *Diario Oficial*.

Adujo que en el marco del proceso se acreditó que el citado acuerdo se socializó a través de varios medios de comunicación, tales como un periódico de amplia circulación y la página web de la universidad, de forma tal que varias personas acudieron a la convocatoria realizada para designar al rector de la Universidad Pedagógica.

Finalmente, argumentó que el acto de elección deriva su validez no del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, sino del artículo 69 de la Constitución, de la Ley 30 de 1992 y del Acuerdo N° 35 de 2005 de la Universidad Pedagógica.

### 6.2.2 La Universidad Pedagógica

El ente universitario, a través de apoderada judicial, alegó de conclusión e hizo un pronunciamiento expreso frente a cada uno de los problemas jurídicos fijados en la audiencia inicial.

Así para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, retomó las consideraciones realizadas por esta Sección en el auto admisorio de la demanda de la referencia, en el cual se estableció que el referido acuerdo es un acto de trámite de carácter general.

En lo que respecta a la aplicación de la Ley 489 de 1998 a la universidad, la apoderada de la institución de educación

superior determinó que aquella no era aplicable, comoquiera que la Universidad Pedagógica no es ni un organismo, ni una entidad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público.

En lo que concierne a la necesidad de publicar el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 en el *Diario Oficial*, señaló que no era necesaria la publicación a través de dicho medio, pues la finalidad de la norma se satisfizo con la divulgación del acto en el periódico “*El Tiempo*” y la página web de la universidad.

Frente a la publicación del Acuerdo N° 10 de abril de 2014 como presupuesto de validez del acto acusado, manifestó que no se materializó ningún vicio de nulidad, porque el acuerdo sí se publicó y publicitó cumpliendo así con la finalidad del artículo 65 del CPACA.

Finalmente, frente a la aplicación de las normas alegadas en la demanda en el caso concreto, concluyó que el Consejo de Estado<sup>7</sup> ha sostenido que el propósito del artículo 65 del CPACA se satisface cuando el acto de convocatoria para la designación del rector se publica en un diario de amplia circulación nacional, como en el caso concreto, razón por la cual no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

## 7. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el 11 de septiembre de 2015, el Procurador 7° delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Para el efecto, expuso:

- a. Frente a la naturaleza jurídica del Acuerdo N° 010 de abril de 2014

*El Ministerio Público concluyó que dicho acuerdo es un acto de trámite que no contiene ninguna decisión final, pues su propósito era dar inicio al “proceso de designación del Rector de la Universidad Pedagógica”.*

*Igualmente, sostuvo que el referido acto es un acto general que tenía como objetivo divulgar el comienzo de una actuación administrativa.*

- b. La aplicación de la Ley 489 de 1998 y del artículo 65 del CPACA a las Universidades Públicas

Frente a este problema jurídico, la vista fiscal consideró que dicha normativa sí es aplicable a los entes autónomos universitarios en lo que se refiere a la publicación de los actos, habida cuenta que el artículo 119 de dicha ley establece que todas las entidades u organismos de las distintas ramas del poder público, así como todos los órganos que integran la estructura del Estado tienen el deber de publicar sus actos de carácter general en el *Diario Oficial*.

<sup>7</sup> La apoderada de la universidad no hizo referencia expresa a ninguna providencia proferida por esta Corporación.

Igualmente señaló que el Consejo de Estado<sup>8</sup> ha reconocido que las universidades públicas están sujetas al artículo 65 del CPACA.

c. La publicación del Acuerdo N° 10 de 2014 a través de otros medios

Sostuvo que de conformidad con el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 debió publicarse en el *Diario Oficial*, para efectos de su eficacia, pero no de su validez.

Solicitó que se reevaluara la posición plasmada por la Sección en sentencia del 29 de mayo de 2014 en la que se consideró que la ausencia de la publicación de un acto en el *Diario Oficial* derivaba en la nulidad del acto de elección del Rector del Infotep.<sup>9</sup>

Para sustentar la anterior solicitud, señaló que la publicación de la que trata el artículo 65 del CPACA no se limita al *Diario Oficial*, pues dados los avances tecnológicos la autoridad puede utilizar otros medios, como por ejemplo la página web o un periódico de amplia circulación.

A juicio del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado la finalidad de la norma, esto es, la publicidad del acto de apertura del proceso de selección, se satisface cuando la entidad divulga ampliamente el contenido del acto, incluso si esa divulgación no se realiza a través del *Diario Oficial*.

Según su criterio, dicho objetivo se acreditó en el caso concreto, porque el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 se publicó en un diario de amplia circulación, de lo cual se desprende que aquel fue ampliamente conocido por la ciudadanía.

d. La publicación del Acuerdo N° 10 de abril de 2014 como presupuesto de validez del Acuerdo N° 15 de junio de 2014

El Ministerio Público sostuvo que aunque es cierto que respecto al acto particular expedido con base en el acto general, el requisito de publicidad es de validez y no de eficacia, lo cierto es que la publicación de los actos generales no solo puede hacerse a través del *Diario Oficial*, sino también en medios más idóneos y con mayor difusión.

Lo anterior aplicado al sub examine, permite concluir que la publicación del acto general que sirvió de fundamento para el acto de elección, se realizó en un diario de amplia circulación, y por contera, el Acuerdo N° 015 de 12 de junio de 2014 no se encuentra viciado de nulidad.

e. La aplicación de las normas señaladas en la demanda como infringidas por el acto de elección

Finalmente, argumentó que aunque las normas invocadas en la demanda como infringidas sí son aplicables al *sub judice*, las mismas no pueden interpretarse de forma exegética, sino de una manera sistemática, razón por la cual es claro que el Acuerdo N° 10 de 2014 se publicó y que el acto acusado, expedido con base en dicho acuerdo, no adolece de ningún vicio de nulidad.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 149 del CPACA<sup>10</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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 Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018.

### 2. El acto acusado

Se tiene como tal el Acuerdo N° 015 de 12 de junio de 2014, por medio del cual se designó al señor Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018.

El acto cuya legalidad se cuestiona obra a folio 14 del expediente y se encuentra inserto en el *Diario Oficial* No. 49.431 del 20 de febrero de 2015 tal y como consta en el folio 64.

### 3. Pruebas relevantes

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- Acuerdo No. 010 del 2 de abril de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018". (Fls. 10 a 13 reiterado en los folios 148-151)
- Acuerdo No. 015 del 12 de junio de 2014 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018". (Fl. 14 reiterado a folio 153 y 207)

8 Para el efecto citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 14 de mayo de 2015, radicado N° 11001-03-28-000-2015-00011-00 C. P. Alberto Yepes Barreiro.

9 El Ministerio Público se refiere a la sentencia proferida por la Sección Quinta el 29 de mayo de 2014 dentro del Radicado N° 11001-03-28-000-2011-00059-00 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez. Actor: Hernando José Daza Plata.

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 (...) 4º 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).

- Impresión de un mensaje electrónico en el que presuntamente el Secretario General de la Universidad Pedagógica Nacional contestó derecho de petición a la señora Natalia Calderón. (Fls. 15 y 16)
- Copia parcial del *Diario Oficial* No. 46.129 del 21 de diciembre de 2005, en el que se publicó el Acuerdo No. 035 de 2005 “*Por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad Pedagógica Nacional*”. (Fls. 55 a 60).
- Fotocopia de una página del diario “*El Tiempo*” del 13 de abril de 2014 en el que se observa una publicación titulada “*REGLAMENTO Y CALENDARIO DESIGNACIÓN RECTOR 2014-2018*” de la Universidad Pedagógica Nacional. (Fl. 63, 119 y 154).
- Copia parcial del *Diario Oficial* No. 49.431 del 20 de febrero de 2015, en el que se publicó el Acuerdo No. 015 de 2014 “*Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018*”. (Fls. 64 y 65).
- Fotocopia del *Diario Oficial* No. 46.129 del 21 de diciembre de 2005 en el cual se encuentra publicado el Acuerdo No. 05 de 2005 “*por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad Pedagógica Nacional*”. (Fls. 55-60).
- Acuerdo No. 005 de 2005 “*por el cual se modifica el Acuerdo 107 de 1993 y se expide el Nuevo Estatuto General de la Universidad Pedagógica Nacional*” (Fls 102-110)<sup>11</sup>.
- Acuerdo No. 11 del 2 de abril de 2014 “*por el cual se fija el calendario para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional periodo 2014-2018*”. (Fl. 151).
- Factura entre Acomedios y la Universidad Pedagógica en la que se señala el valor de la publicación, el periódico en que fijaría la publicación, la fecha, la página y el tamaño del aviso de la convocatoria a elección de rector que se insertó en el periódico “*El Tiempo*” el 13 de abril de 2014. (Fls. 156 y 158).
- Certificado de disponibilidad presupuestal para “*amparar la publicación del aviso en el periódico El Tiempo, convocatoria a elección de Rector 2014-2018*” (Fl. 157).
- Certificación expedida por Acomedios el 23 de abril de 2015 en la que consta que “*el aviso REGLAMENTO Y CALENDARIO DESIGNACIÓN RECTOR 2014-2018, tamaño 2 columnas x 10 cm se publicó en el diario El Tiempo el día domingo 13 de abril en el cuadernillo ‘Debes Hacer’ Corriente Nacional*”. (Fl. 159)

- Circular No. 021 a través de la cual la Secretaria General de la Universidad Pedagógica informó los resultados de la consulta a la comunidad universitaria en el marco de la designación del rector de dicho ente autónomo celebrada el día 27 de mayo de 2014. (fl. 162).

#### 4. Análisis del cargo formulado

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial:<sup>12</sup>

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Acuerdo No. 010 de 2 de abril de 2014 “*por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018*”, expedido por el Consejo Superior de ese ente universitario?
- ¿La Ley 489 de 1998 es aplicable a los entes universitarios autónomos del orden nacional?
- ¿Era un imperativo legal que el Acuerdo No. 010 de 2 de abril de 2014 “*por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018*”, se publicara en el *Diario Oficial* o ello podría surtirse a través de otros medios?
- ¿La publicación del Acuerdo No. 010 de abril de 2014 “*por el cual se establece el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018*” es presupuesto de validez frente al Acuerdo No. 15 de 12 de junio de 2014 “*por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional 2014-2018*”?
- ¿A la designación Adolfo León Atehortúa Cruz como rector de la Universidad Pedagógica Nacional le eran o no aplicables las normas indicadas como violadas por la demandante, en el sentido de obligar a efectuar la publicación de los actos identificados en su demanda y respecto de los cuales se advirtió dicha omisión?

Al efecto, la Sala abordará los siguientes aspectos: i) reiteración jurisprudencial sobre los 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 la Ley 489 de 1998 y el artículo 65 del CPACA es aplicable o no a los entes universitarios autónomos del orden nacional.

Finalmente, al analizar el caso concreto se estudiará: i) cual es la naturaleza jurídica del Acuerdo No. 10 de abril de 2014, ii) si era imperativo que el referido acuerdo se publicara, como aduce la demandante, únicamente en el *Diario Oficial*, iii) si la publicación del acto de trámite se convierte en requisito de validez del acto acusado y iv) si la elección desconoció las disposiciones que se dicen transgredidas en la demanda.

<sup>11</sup> Aquel también se encuentra en fotocopia auténtica en los folios 165 a 171.

<sup>12</sup> Folios 212-223 del Expediente.

#### 4.1. Publicación de los actos de 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 la demandante parece ser claro que el Acuerdo 10 de abril de 2014 debía ser publicado en el *Diario Oficial*, porque tanto el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, como el artículo 65 del CPACA así lo imponían.

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 N° 10 de abril de 2014 podía publicarse en un diario de amplia circulación nacional.

Al respecto, la Sala desea señalar 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 segundo 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. (...)"*<sup>13</sup>

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

- i) De conformidad con la jurisprudencia que la Corte Constitucional<sup>14</sup> ha proferido respecto

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

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"*.<sup>15</sup> (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 como quiera 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 un procedimiento administrativo especial, para la designación y elección de sus autoridades, lo que implicaba que se materializaba la excepción al ámbito de

<sup>15</sup> 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.

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.

#### 4.3. Caso concreto

Con base en las anteriores consideraciones corresponde a la Sala determinar si la elección del señor Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional está viciada de nulidad.

Recuérdese que en el presente asunto, la controversia gira en torno al principio de publicidad del procedimiento administrativo adelantado por la Universidad Pedagógica Nacional para la designación de Adolfo León Artehortúa Cruz como rector de dicho ente autónomo, por la ausencia de publicación en el *Diario Oficial* del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, a través del cual se convocó a la ciudadanía a participar en dicho proceso de selección.

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 N° 10 de abril de 2014, para posteriormente analizar si el CPACA es o no aplicable al caso concreto, para finalmente examinar si el citado acuerdo podía publicarse en un medio diferente al *Diario Oficial*.

##### 4.3.1 La naturaleza jurídica del Acuerdo N° 10 de abril de 2014

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 ha[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”*<sup>16</sup>.

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”*<sup>17</sup>; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, y que hacen referencia a personas determinadas individualmente.

Así las cosas, es claro que el Acuerdo N° 10 de 2014 es un acto de contenido general, comoquiera que a través de aquel se estableció el *“reglamento”* que utilizaría la universidad para elegir al rector de dicha institución educativa.

En efecto, en dicho acto se estableció el calendario, se determinó que se realizaría una convocatoria pública que se publicaría en un diario de amplia circulación nacional, se precisaron tanto los objetivos de la consulta a la comunidad universitaria, como el procedimiento para realizar la inscripción de los aspirantes, se fijaron los requisitos que los candidatos debían cumplir para postularse al cargo de rector y se regularon otros aspectos<sup>18</sup>.

Igualmente, es de resaltar que el Acuerdo N° 10 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.<sup>19</sup>

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 N° 10 del abril de 2014, es un acto de carácter general contentivo de una

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Tomo II. U. Externado: Bogotá, 2006.

<sup>18</sup> El texto íntegro del Acuerdo N° 10 de 2 de abril de 2014 se puede consultar en el siguiente link: <http://normatividad.pedagogica.edu.co/Acuerdo%20010%20CS%202014%20reglamento%20designa%20rector.pdf>

<sup>19</sup> 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 Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta del Senado.

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.

#### 4.3.2 La aplicación del CPACA al caso concreto

Para la demandante, no se satisfizo el principio de publicidad del Acuerdo N° 10 de abril de 2014, toda vez que, aquel no se publicó 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 Pedagógica Nacional, toda vez que, que existe plena prueba de que dicho ente autónomo tiene disposiciones concretas acerca de cómo debe realizarse el proceso de selección del rector.

En efecto, el artículo 20 del Acuerdo N° 035 de 2005 (Estatutos de la Universidad Pedagógica) proferido por el Consejo Superior Universitario dispone:

*"Artículo 20: Forma de designación del Rector: El Consejo Superior designará al Rector de conformidad con el siguiente procedimiento:*

a) *Durante el plazo que determine la reglamentación que al efecto [sea] expedido el Consejo Superior de la Universidad, dicho organismo Recibirá a través de la Secretaría General, bojas de vida de candidatos que acrediten el cumplimiento de los requisitos para ser rector de la universidad señala el presente estatuto.*

b) *Previo estudio y evaluación de las bojas de*

*vida, el Consejo Superior elaborará una lista hasta de cinco candidatos que será consultada con la comunidad académica de la universidad a través de un mecanismo que posibilite la efectiva participación de los miembros de la misma, para lo cual expedirá el reglamento correspondiente.*

c) *Efectuada la consulta, el Consejo Superior procederá a la designación del Rector conforme lo establece el artículo 66 de la Ley 30 de 1992".*

Igualmente, es de anotar que en el citado acuerdo existen variadas disposiciones respecto a la designación del rector. Veamos:

- El artículo 18 establece que el rector es la primera autoridad ejecutiva de la universidad.
- Por su parte el artículo 19 consigna los requisitos que debe acreditar una persona para fungir como rector de la Universidad Pedagógica, entre estos se encuentran: ser ciudadano en ejercicio, tener título universitario y preferiblemente de posgrado, acreditar experiencia docente mínima de 5 años y demostrar experiencia administrativa.
- El artículo 21 señala que el período del rector de la Universidad Pedagógica es de 4 años.

Ahora bien, en desarrollo de las disposiciones en cita, especialmente del artículo 20, el Consejo Superior Universitario profirió de un lado, el Acuerdo N° 10 de abril de 2014 en el cual expidió el "reglamento" para realizar la designación correspondiente y de otro, el Acuerdo N° 11 de abril de 2014 a través del cual se fijó el calendario para la designación correspondiente.

En el reglamento, es decir, en el Acuerdo N° 10 de abril de 2014<sup>20</sup>, se estableció que:

Artículo	Contenido
1	Se acuerda establecer el reglamento para la designación del rector según lo exige el artículo 20 del Acuerdo N° 035 de 2005.
2	El Consejo Superior fijará el calendario de conformidad con los lineamientos del reglamento.
3	Se hará una convocatoria pública que se difundirá en un diario de amplia circulación nacional y en la página web de la universidad
4	Fija los objetivos de la consulta a la comunidad académica y se determinan que personas se consideran miembros de la comunidad.
5	Se establece el procedimiento para elegir al rector y se señala que aquel está conformado por las siguientes etapas: i) inscripción, ii) presentación de documentos de los aspirantes, iii) verificación de documentos y requisitos, iv) publicación de inscritos y entrega de documentos al consejo superior, v) estudio y evaluación de la documentación, vi) publicación de aspirantes para consulta, vii) presentación de aspirantes a la comunidad, viii) proceso de consulta, ix) conformación de la comisión veedora, x) envío de clave para participar en la consulta, xi) publicación resultados consulta, xii) designación del rector y xiii) posesión del rector elegido.

20 Visible a folios 148 a 151 del expediente.

Por su parte, el Acuerdo N° 11 de 2 de abril de 2014 fijó el calendario para desarrollar los puntos

expuestos en precedencia en los siguientes términos<sup>21</sup>:

Actividad	Fecha
Publicación de la convocatoria en un diario de amplia circulación nacional y en la página web de la universidad	Abril 13 de 2014
Inscripción de aspirantes y entregas de propuestas	Abril 21-25 de 2014
Verificación de documentación	28 de abril al 2 de mayo de 2014
Publicación aspirantes que cumplieron requisitos	mayo 5 de 2014
Envío de documentos al Consejo Superior	mayo 5 de 2014
Estudio y evaluación de la documentación	mayo 6 al 16 de 2014
Reclamo de no incluidos en la lista de aspirantes	mayo 6 al 7 de 2014
Respuesta a reclamaciones de aspirantes	mayo 8 al 9 de 2014
Publicación nueva lista de aspirantes	mayo 15 de 2014
Envío de clave a comunidad universitaria	mayo 9 de 2014
Reclamaciones por no envío de clave	mayo 12-14 de 2014
Respuestas por no envío de clave	mayo 15-16 de 2014
Socialización de las propuestas	mayo 16-23 de 2014
Panel con los aspirantes seleccionados	mayo 16 al 23 de 2014
Consulta a la comunidad universitaria	mayo 27 de 2014
Envío resultado consulta	mayo 28 de 2014
Sustentación personal de propuestas ante Consejo Superior Universitario y entrevistas	mayo 29 de 2014
Designación del Rector	Junio 12 de 2014
Posesión del Rector	1 de julio de 2014

Bajo este panorama, se puede concluir sin ambages que la Universidad Pedagógica cuenta con un procedimiento especial para la designación del rector, el cual fue desarrollado ampliamente por el Acuerdo N° 10 de 2 de abril de 2014 y por el Acuerdo N° 11 de 2 de abril 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 la demandante, en virtud de la autonomía universitaria que detenta dicha institución de educación superior.

#### 4.3.3 La publicación en un medio diferente al *Diario Oficial*

Como se expuso, el proceso de designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional está reglamentado en las normas universitarias 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 pasa a verificar si las reglas sobre publicidad contenidas en la normativa universitaria, se cumplieron en la elección de Adolfo León Atehortúa Cruz para el período 2014-2018:

El artículo 3° del Acuerdo N° 10 de abril de 2014 dispuso unos lineamientos claros respecto a la publicidad de la convocatoria para participar en el proceso de elección del rector de la Universidad Pedagógica. En efecto, la citada disposición en su tenor literal contempla:

*“Convocatoria: la convocatoria será abierta y se publicara en un diario de amplia circulación y en la página web de la Universidad, indicando los requisitos, plazo y lugar de inscripción”<sup>22</sup>.*

En desarrollo del mandato expuesto por el artículo transcrito, la Universidad Pedagógica procedió a convocar a los interesados a participar en el proceso de elección del rector de dicho ente

<sup>21</sup> Visible a folio 152 del Expediente.

<sup>22</sup> Folio 116 del Expediente.

autónomo, a través de un diario de amplia circulación nacional. Al efecto obran en el expediente las siguientes pruebas:

- Certificado de disponibilidad presupuestal para "*amparar la publicación del aviso en el periódico El Tiempo, convocatoria a elección de Rector 2014-2018*". (fl. 157)
- Factura entre Acomedios y la Universidad Pedagógica en la que se señala el valor de la publicación, el periódico en el que sería divulgado, la fecha, la página y el tamaño del aviso de la convocatoria a elección de rector que se insertó en el periódico *El Tiempo* el día 13 de abril de 2014. (fl. 156 y 158)
- Fotocopia de una página del diario "*El Tiempo*" del 13 de abril de 2014 en el que se observa una publicación titulada "*REGLAMENTO Y CALENDARIO DESIGNACION RECTOR 2014-2018*" de la Universidad Pedagógica Nacional. (fl. 63, 119 y 154)

En dicha página se encuentra la siguiente información:

*"La Universidad Pedagógica Nacional*

*Reglamento y calendario designación Rector 2014-2018*

*El Consejo Superior Universitario mediante Acuerdo N° 010 de 2014, estableció el reglamento para designar al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional, y mediante Acuerdo 011 de 2014, fijó el calendario de designación.*

*La inscripción de aspirantes se efectuará entre el 21 y 25 de abril de 2014 en la Secretaría General, desde las 8:00 am hasta las 5:00 pm*

*Los requisitos establecidos Acuerdo N° 10 de 2014, artículo 5° numeral 1° son los siguientes:*

- Ser ciudadano colombiano en ejercicio*
- Tener título universitario y, preferiblemente de posgrado*
- Acreditar experiencia docente universitaria de cinco (05) años, como mínimo.*
- Acreditar experiencia administrativa*

*Información sobre la acreditación de requisitos y procedimientos a seguir*<sup>23</sup>

- Certificación expedida por Acomedios el 23 de abril de 2015 en la que consta que "*el aviso Reglamento y Calendario Designación Rector 2014-2018, tamaño 2 columnas x 10 cm se publicó en el diario El Tiempo el día domingo 13 de abril en el cuadernillo 'Debes Hacer' Corriente Nacional*". (Fl. 159)

De lo anterior se colige que en el presente caso, se probó que la universidad convocó a la ciudadanía en general para participar en el procedimiento de elección de rector, llamado que se publicó en un periódico de amplia circulación nacional el día que el cronograma estipuló para el efecto, esto es el día 13 de abril de 2015.

Así las cosas, para la Sala está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018, establecidas para el efecto por dicho ente universitario.

En síntesis, la Sección encuentra que **no** era imperativo que la publicidad de la convocatoria realizada por la Universidad Pedagógica Nacional 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 del CPACA 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*" en su edición dominical.

#### 4.3.4. La publicación los actos generales como presupuesto de validez del Acuerdo N° 015 de junio 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<sup>24</sup>.

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 conforme a las disposiciones contenidas en la normativa de la Universidad Pedagógica Nacional para la elección del rector.

En consecuencia, aunque la publicación del Acuerdo N° 010 de abril de 2014, si se erige como requisito de validez del Acuerdo N° 15 de junio de 2014, lo cierto es que al cumplirse plenamente la divulgación del acto general, no se configura ningún reproche en el acto de elección.

23 Folio 154 y 155 del Expediente.

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

## 5. Conclusión

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 2015<sup>25</sup> 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 del CPACA no era aplicable a la elección del Rector de la Universidad Pedagógica, habida cuenta que dicha institución contaba con normativa universitaria que guiaba el procedimiento de elección del rector.
3. La naturaleza jurídica del Acuerdo N° 10 de abril de 2014 es un acto de carácter general.
4. Al no ser aplicables las normas del CPACA y al autorizar la normativa universitaria la divulgación de la convocatoria 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 13 de abril de 2014.
5. La publicación de los actos generales del proceso de elección del rector de la Universidad Pedagógica se realizó de acuerdo a 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, en la parte resolutive de esta providencia se negarán las pretensiones demanda y se advertirá 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,

### RESUELVE

**Primero.** **Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad contra el Acuerdo N° 015 de 12 de junio de 2014, a través del cual se designó a Adolfo León Atehortúa Cruz como Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el período 2014-2018.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

<sup>25</sup> 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.

#### REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO

- Permite a la administración hacer desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente/REVOCATORIA DIRECTA - Diferencia con anulación de los actos administrativos/REVOCATORIA DIRECTA
- Si el acto fue demandado, esta solo podrá hacerse hasta antes de la notificación del auto admisorio/CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN
- Inaplicación del acto administrativo porque revocatoria directa se realizó por fuera de la oportunidad que la ley previó par su ejercicio

La revocatoria directa es una figura de derecho administrativo que, en el orden jurídico interno, se encuentra actualmente regulada en los artículos 93 a 97 del CPACA y a través de la cual se permite a "la administración hacer desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente, lo cual se conoce en algunos ordenamientos como el retiro de los actos administrativos".

Es importante diferenciar la "revocatoria directa" de la "anulación" de los actos administrativos, pues aunque, prima facie, tienen la misma consecuencia, esto es, el retiro de los actos de los ordenamientos, en la nulidad la extinción del acto se debe a la decisión de una autoridad judicial y sus efectos pueden ser diferidos o, si se quiere, modulados, según lo decidido por el juez en cada caso.

Según el tenor del artículo 93 del CPACA la revocatoria directa podrá realizarse directamente por el funcionario que expidió el acto o por sus superiores jerárquicos o funcionales. "Igualmente, según el artículo 95 *Ibidem* aquella podrá cumplirse en cualquier tiempo incluso "cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", pero en este evento "siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda".

De lo anterior se concluye que la atribución de revocatoria directa de los actos administrativos expedidos por la administración se ve limitada cuando la controversia derivada de aquellos –los actos administrativos– es sometida a conocimiento del juez, en este evento nace un límite temporal para su ejercicio –competencia *ratione temporis*–, de forma que esta será solo viable sí y solo sí no se ha notificado el auto admisorio de la demanda.

En otras palabras, la revocatoria directa de un acto que fue demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, solo es posible efectuarla por parte de la administración hasta antes de que el auto admisorio de dicha demanda sea notificado.

En estos eventos, el legislador prefirió que fuera el juez, y no la administración, quien se encargara de definir el debate en relación con la validez del acto objeto de controversia. Así las cosas, corresponde a la Sala analizar

si el acto acusado podía ser revocado de forma directa, pese a que aquel ya había sido sometido a control judicial. Veamos: El acto acusado es el Decreto No. 0115 del 21 de enero de 2015 a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró, con carácter provisional, al señor Mario Suárez Flórez como Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, Código 0074, Grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina).

La demanda de nulidad electoral fue presentada el 4 de marzo de 2015, tal y como consta en el sello impuesto por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El libelo presentado por el señor Enrique Antonio Celis fue admitido mediante auto del 5 de marzo de 2015, providencia que fue notificada de la siguiente manera: Al actor, por estado del 6 de marzo de 2015 tal y como consta al reverso del folio 31 del expediente.

A la Cancillería, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Presidencia de la República el día 16 de marzo de 2015 mediante mensaje electrónico dirigido al buzón de notificaciones judiciales dispuesto para tal fin. A la agencia de Defensa Jurídica para el Estado mediante mensaje dirigido al correo electrónico [procesos@defensajuridica.gov.co](mailto:procesos@defensajuridica.gov.co).

Al demandado, mediante aviso publicado el día 29 de marzo de 2015 en dos diarios de amplia circulación nacional.

Mediante Decreto 610 de 7 de abril de 2015 se revocó el Decreto 0115 del 21 de enero de 2015, toda vez que, el demandado no tomó posesión del cargo dentro término estipulado para el efecto en el artículo 44 del Decreto 1950 de 1973.

Bajo este panorama, es claro que aunque el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 mediante el cual se revocó el acto acusado se profirió de conformidad con la causal contenida en el literal d) del artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, lo cierto es que aquel desconoció el artículo 95 del CPACA, comoquiera que se profirió cuando el auto admisorio de la demanda ya había sido notificado a todas las partes del proceso electoral.

Así las cosas, teniendo en cuenta que revocatoria directa se realizó por fuera de la oportunidad que la ley previó para su ejercicio, la Sala, autorizada por virtud del artículo 148 del CPACA, inaplicará con efectos interpartes el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 "por el cual se revoca el Decreto 0115 de 21 de enero de 2015", ya que es claro, que aquel se profirió en abierta contravención a una norma superior en la que debía regirse y así lo dirá expresamente en la parte resolutive de esta providencia.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 93/Ley 1437 de 2011 - artículo 95/Ley 1437 de 2011 - artículo 148

**ACTO ADMINISTRATIVO - La existencia se refiere al momento en el cual se origina o este nace a la vida jurídica/ACTO ADMINISTRATIVO - Nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos/ACTO ADMINISTRATIVO - Diferencia entre existencia y eficacia/ACTO ADMINISTRATIVO - Diferencia entre existencia y validez/ACTO ADMINISTRATIVO - La validez determina si el acto que nació a la vida jurídica, ha sido generado con las condiciones de fondo y de forma que precisa la ley, ACTO ADMINISTRATIVO - La eficacia hace referencia a que el acto se realice, ejecute o cumpla, es decir, que produzca los efectos jurídicos previstos por la autoridad al momento de su expedición**

La existencia, en tratándose de los actos administrativos, se refiere a la creación del acto administrativo, es decir, al momento en el cual se origina o este nace a la vida jurídica.

Aunque prima facie parecería no tener ningún problema definir el momento en el cual se entiende que el acto se genera, lo cierto es que la tesis actual frente al tema no siempre fue la misma. (...) hoy, y acorde con la filosofía de un Estado Social de Derecho, esta postura ha de reevaluarse, entendiendo como lo afirma Santofimio, que “El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efecto jurídicos.

En este sentido, las actuaciones o procedimiento de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto...” Esta última tesis que es la que impera actualmente en nuestro derecho, por un lado, reivindica la diferenciación que existe entre los escenarios de existencia y eficacia del acto administrativo; y por otra parte, garantiza los derechos de quienes acuden a la Administración. Ciertamente, pensar que antes de la notificación el acto jurídico administrativo no existe, no es más que invisibilizar la realidad bajo una ficción.

Se puede afirmar entonces que si el acto ha sido expedido por la Administración, no puede esta, so pretexto de no haber sido publicado o notificado, negar que el acto ha nacido a la vida jurídica, lo cual resulta evidentemente contrario a la realidad.

Hoy no es posible seguir confundiendo la existencia del acto con su eficacia. La diferenciación entre la existencia y los otros elementos del acto administrativo aquí no se agota, puesto que también se ha advertido la relevancia práctica que para tal efecto tiene la distinción entre la existencia y la validez del mismo.

En ese orden de ideas, se debe entender que la convergencia del sujeto, objeto, causa, fin y forma en la configuración del acto administrativo, permite establecer que efectivamente el acto existe, y por lo mismo, ante la ausencia o vicio de alguno de esos elementos esenciales, la consecuencia será la nulidad del acto jurídico, situación en la cual realmente, se ve comprometida su validez.

Ahora bien, si hay una ausencia absoluta de alguno de los elementos, v. gr. en el elemento subjetivo, como cuando un sujeto particular, ajeno a la Administración y sin el poder para comprometer de manera alguna la voluntad de la misma, elabora un documento tomando una decisión (destitución del Presidente de la República), se entiende que el acto administrativo ni siquiera ha nacido a la vida jurídica constituyéndose en una “vía de hecho”, juzgándose como tal sus efectos, si en verdad los produce.

Si lo que se presenta por ejemplo es un vicio en virtud del exceso de las atribuciones o funciones ejercidas por un sujeto vinculado a la Administración (el Ministro del Interior declara insubsistente al Secretario Jurídico de Presidencia) y con competencia para expedir determinada clase de acto administrativo, el acto existe, pero será nulo por la causal de nulidad de falta de competencia.

Esta distinción entre existencia y validez; y existencia y eficacia; posibilita una comprensión amplia y razonada de los elementos y la vigencia de los actos administrativos, haciendo visibles efectos absurdos ya superados, como el de considerar que la invalidez del acto conlleva a su inexistencia, lo cual desconoce manifiestamente que el acto existió y produjo efectos jurídicos.

Así, conviene enfatizar que la validez determina si el acto que nació a la vida jurídica, i.e. el acto que ya existe, ha sido generado con las condiciones de fondo y de forma que precisa la ley, so pena que mediante el control judicial respectivo, el acto pueda llegar a ser declarado nulo.

La eficacia, como quedó establecido, hace referencia a que realmente el acto administrativo se realice, ejecute o cumpla, es decir, que produzca los efectos jurídicos previstos por la autoridad al momento de su expedición.

En suma, un acto administrativo puede existir y estar viciado en su validez, puede existir y ser válido, mas no eficaz, e incluso existir, no ser válido y haber producido todos sus efectos jurídicos.

Pero, como es apenas natural, presupuesto de la eficacia y la validez es la existencia, de forma que aquel no podrá ser válido o inválido, ni tampoco eficaz o ineficaz, si no existe.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL  
- Ministro plenipotenciario/ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO -  
Existió pero no produjo efectos por cuanto el nombrado no se posesionó**

Corresponde a la Sala determinar, si tal como lo concluyó el a quo, en el caso de la referencia se presenta la carencia actual de objeto y por ende se debe declarar inhibida para pronunciarse de las pretensiones de la demanda, toda vez que mediante Decreto No. 0610 del 7 de abril de 2015 se revocó el acto acusado, pues el demandado no tomó posesión de su cargo, o si por el contrario corresponde efectuar un análisis de fondo

de la controversia. (...) observa la Sala que mediante Oficio No. S-GAPT-15-006695 del 26 de enero de 2015 la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores le comunicó al señor Mario Suárez Flórez:

"De manera atenta le informo que mediante Decreto 0115 del 21 de enero de 2015, expedido por el señor Presidente de la República, fue nombrado provisionalmente en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones, adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina).

Le informo que cuenta con diez (10) días hábiles a partir de la presente comunicación para aceptar el cargo y diez (10) días hábiles después de la aceptación para tomar posesión en la ciudad de Buenos Aires. (...) Así pues, de conformidad con el Decreto 1950 de 1973, la designación del demandado como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina), le fue comunicada el 26 de enero de 2015, con indicación de que contaba con 10 días para aceptar el cargo y luego de este lapso, tenía 10 días más para tomar posesión del mismo.

Es decir, el señor Suárez Flórez debía tomar posesión del cargo descrito en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), máximo hasta el día 2 de marzo de 2015, no obstante, aquel no concurrió a esta ciudad para dichos efectos.

Entonces bien, es evidente que en el caso concreto el acto jurídico que designó al demandado como Ministro Plenipotenciario en Buenos Aires (Argentina), si bien existió, nunca produjo efectos jurídicos, pues al haberse omitido el requisito de la posesión, el accionado no asumió sus funciones, deberes y responsabilidades como Ministro Plenipotenciario, requisito que, como se dijo en precedencia, es sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública y por tanto, le está vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público.

Advierte la Sala que, a pesar de la existencia del acto administrativo cuestionado, que se presenta a partir del mismo instante en que la Administración exterioriza su voluntad, es innegable que la eficacia del mismo se vio supeditada o condicionada a que el demandado tomara posesión del cargo en el que fue designado, pero como esta condición no se llevó a cabo, dicho acto no produjo los efectos jurídicos deseados por la Administración.

Bajo este panorama, es dable señalar que al no producirse la posesión –acto condición–, el acto acusado jamás cumplió su finalidad ni produjo efectos de ninguna índole y, por ello, los supuestos vicios que contra aquel se esbozaron resultan impertinentes y superfluos.

Las razones anteriormente expuestas resultan suficientes para negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, es cierto, como lo afirman el Ministerio Público y el demandante que, los fallos inhibitorios son excepcionales y constituyen la "antítesis" del acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

Por esta razón, el Juez tiene la responsabilidad de agotar todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece y así tomar una decisión de fondo.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión del Tribunal de declararse inhibido para pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado por presentarse la carencia actual de objeto y, en su lugar, de un lado, se inaplicará con efectos inter partes el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 "por el cual se revoca el Decreto 0115 de 21 de enero de 2015" y, de otro, se negarán las pretensiones de la demanda.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00543-01

Actor: Enrique Antonio Celis Durán

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la sentencia del 23 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante la cual se inhibió de pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado por carencia actual de objeto.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

El señor Enrique Antonio Celis Durán, en nombre propio, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó:

*"Que se declare la nulidad del Decreto No. 0115 del 21 de enero de 2015, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín Cuéllar, nombraron con CARÁCTER PROVISIONAL a Mario Suárez Flórez, identificado con cédula de ciudadanía número 13.836.468, como MINISTRO*

PLENIPOTENCIARIO, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina)".

## 1.2. Hechos y argumentos

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes:

- 1.2.1. El Gobierno nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Decreto No. 0115 del 21 de enero de 2015 nombró con carácter provisional al señor Mario Suárez Flórez como Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, Código 0074, Grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina).
- 1.2.2. Para la fecha de expedición del acto acusado existía personal vinculado a la carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario<sup>1</sup> y Ministro Consejero<sup>2</sup>, quienes tenían mejor derecho a ocupar ese cargo.
- 1.2.3. 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 –Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22– en la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- 1.2.4. El demandado no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario, si se compara con el perfil de un funcionario de carrera diplomática, quien llega a este mismo rango o al de Ministro Consejero, después de 20 y 16 años de formación y experiencia, respectivamente, en los que se superan exámenes de conocimiento y evaluaciones anuales del servicio para ascender y ejercer un cargo equivalente a la categoría inmediatamente superior a la que está inscrito.
- 1.2.5. El accionado no demostró el dominio del idioma inglés u otro idioma de uso diplomático distinto al español, en los mismos términos que debe acreditar tal requisito el aspirante a la carrera diplomática como Tercer Secretario para el curso de formación del año 2015, es decir, el Nivel B2 o su equivalente, de acuerdo con el Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas.
- 1.2.6. El Ministerio de Relaciones Exteriores utiliza de manera permanente la comisión para situaciones especiales<sup>3</sup>, designando a funcionarios de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía

y, excepcionalmente, la comisión para cargos equivalentes a la categoría inmediatamente superior. No existen razones del servicio, ni motivos serios para el óptimo ejercicio de la función del servicio exterior en el segundo cargo más alto de la función diplomática, que es el Ministro Plenipotenciario, cuando se emplea la facultad excepcional del artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

## 1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante sostuvo que el acto de elección enjuiciado contravino los artículos 6º, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política; y, 4º, 53 y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular<sup>4</sup>.

Indicó que se infringe el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, toda vez que el Ministerio de Relaciones Exteriores no tuvo en cuenta que solo puede utilizar el poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda proveer el cargo.

Adujo que no se explica cómo, existiendo personal inscrito en la carrera diplomática y consular, el Ministerio de Relaciones Exteriores vulnera los derechos que le asisten a los funcionarios de la carrera, con cerca de 20 años de experiencia, quienes cumplen con los requisitos para ocupar el cargo en mención; además, también existen funcionarios que tienen el derecho a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y que la Cancillería, sin justificación alguna, los mantiene en cargos inferiores, violando las disposiciones que rigen el ascenso y provisión de los mismos con personal de carrera.

Manifestó que el cargo en el que fue nombrado el demandado pudo haberse suplido con los Ministros Plenipotenciarios que ocupaban cargos de inferior rango, e inclusive en caso de no haber ninguno de ellos ejerciendo empleos de inferior rango, los Ministros Consejeros que estaban *"en condiciones laborales injustas de ocupar cargos de inferior rango tienen los méritos para haber sido designados en comisión para situaciones especiales"*.

Argumentó que no constituye excusa jurídica para la Administración la figura de la comisión para ocupar cargos inferiores al rango, alegando que el funcionario recibe el sueldo acorde con su escalafón, como tampoco constituye argumento válido el hecho de la alternación, por cuanto ese movimiento de personal no afecta la existencia de una Planta Global.

Afirmó el actor, que el decreto acusado violó el artículo 4º del Decreto Ley 274 de 2000 porque no obedeció los principios de moralidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad, integralidad y confidencialidad. Hizo énfasis en que al existir un listado de empleados en carrera para el puesto de Ministro

1 Citó a los señores José Antonio Solarte Gómez, Hernán Vargas Martín y Hernán Mauricio Cuervo Castellano, quienes ocupaban cargos de inferior categoría como el de Ministro Consejero o Consejero.

2 Citó a los señores Alberto Bula Bohórquez, Adriana Arias Castiblanco, Nohra María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebollo Schloss, Gustavo Humberto Paredes Rojas, Pilar Vargas Álvarez, Luz Amanda Restrepo Sabogal, quienes ocupaban cargos de inferior categoría como el de Consejero o Primer Secretario.

3 Artículo 53, literal a) del Decreto 274 de 2000.

4 Decreto 274 de 2000 "Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular".

Plenipotenciario se debió haber nombrado en propiedad a alguno de ellos y no a una persona que no pertenece a la carrera.

Destacó que la provisionalidad solo se aplica cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera de acuerdo a las leyes vigentes, situación que en este caso particular no se presenta por cuanto hay funcionarios inscritos en el rango de Ministro Plenipotenciario que pueden ocupar dicho cargo. Señaló que no existe criterio objetivo en el nombramiento demandado y que se viola el sistema de carrera de méritos constitucional y legalmente protegido.

#### 1.4. Contestaciones de la demanda

1.4.1. **El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República**, mediante apoderado judicial, argumentó que esa Entidad no fue quien expidió el acto acusado, por lo tanto, no es la llamada a responder por su legalidad, ya que todo decreto es expedido por el Gobierno nacional, a quien le compete su defensa judicial.

Señaló que el nombramiento cuestionado no vulnera ni desconoce los derechos laborales de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, adujo que la demanda se limita a enunciar unos cargos muy ambiguos, toda vez que se afirma que el demandado no tiene los méritos, la preparación ni la experiencia necesarias para ejercer el cargo, y que en cambio, en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores sí existen funcionarios de carrera con mejor derecho a ocupar el cargo designado; pero, lo cierto es que la hoja de vida del demandado sí cumple con los requisitos del cargo de Ministro Plenipotenciario.

Argumentó que los nombramientos en provisionalidad se hacen con base en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, que señala que, en virtud del principio de especialidad, es posible designar en cargos de carrera a personas que no pertenezcan a la carrera diplomática y consular cuando no sea posible acudir a quienes estén escalafonados en razón de otros factores.

Puso de presente que con la necesaria alternación entre las plantas internas y externas de ese Ministerio se impide en muchos casos, que un funcionario de la planta interna pueda ser designado en la externa por no haber cumplido el periodo mínimo de permanencia y servicio en el país.

A su juicio, ello explica que los funcionarios de la carrera diplomática y consular deban cumplir actividades propias de la misión y atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores con lapsos de alternación entre su servicio de planta externa e interna, e inclusive existen eventos en los que para dar cumplimiento a ese principio de alternación, se designen funcionarios en cargos inferiores o superiores al escalafón al que pertenecen, sin que ello implique una desmejora en

sus condiciones laborales, porque el nivel de asignación correspondiente al escalafón se mantiene.

Adujo que las condiciones y requisitos para el nombramiento provisional en la carrera diplomática y consular se justifican por el carácter excepcional de las situaciones en las que es necesario evitar la parálisis del servicio y no es posible nombrar servidores escalafonados en la carrera.

Por ello, señaló que si bien es cierto que todo cargo de carrera debe ser provisto de conformidad con las normas que rigen este sistema, es un principio general que no es de carácter absoluto y no se le impone a la autoridad nominadora la obligación de efectuar la designación del funcionario de carrera previo el agotamiento del sistema de méritos.

Argumentó que las necesidades del servicio determinaron la consagración de un régimen de excepción al principio general, al señalar la provisionalidad como una forma extraordinaria de provisión de los cargos de carrera, con fundamento en la cual se pueden designar a ciudadanos colombianos ajenos a ese régimen.

Concluyó que las reglas de provisión de cargos del servicio exterior han superado los exámenes de constitucionalidad y legalidad, tanto de la Corte Constitucional<sup>5</sup> como del Consejo de Estado<sup>6</sup>.

1.4.2. **El Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se desestimaran las pretensiones debido a que el acto administrativo demandado fue expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes.**

Manifestó que el nombramiento cuestionado no ha transgredido la estabilidad laboral de ninguno de los funcionarios que laboran en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Asimismo, afirmó que al revisar los requisitos y condiciones para nombramientos en provisionalidad del cargo de Ministro Plenipotenciario, consagrados expresamente en la ley, se observa que no existe ninguna exigencia en el sentido que el funcionario designado deba pertenecer a la carrera diplomática y consular, cuando en el presente caso se hizo amparado en la provisionalidad que faculta a la Administración de conformidad con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

Expresó que de la revisión de la hoja de vida del demandado se evidencia que cumple a cabalidad con los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo para el cual fue nombrado en provisionalidad.

Manifestó que al momento de nombrar al accionado, no existía un funcionario escalafonado que pudiera ejercer el cargo de

5 Sentencias C-808 de 2001 y C-292 de 2001.

6 No soportó con sentencias su afirmación.

Ministro Plenipotenciario de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Adujo que en desarrollo del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 ese Ministerio cuenta con habilitación legal para efectuar nombramientos en provisionalidad, como excepción a la regla de la carrera diplomática, siempre y cuando no sea posible designar a funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos.

Señaló que los funcionarios Jairo Augusto Abadía Mondragón<sup>7</sup>, Alicia Alexandra Alfaro Castillo<sup>8</sup>, Ruth Mary Cano Aguilón<sup>9</sup>, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos<sup>10</sup>, Francisco Alberto González<sup>11</sup>, Olga Cielo Molina de Villa<sup>12</sup>, Luis Carlos Gutiérrez<sup>13</sup> y Hernán Vargas Martín<sup>14</sup>, para la fecha en que fue expedido el decreto demandado se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en la planta externa o interna, 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.

Concluyó que para la fecha en que fue expedido el decreto acusado, estos funcionarios se encontraban dando cabal cumplimiento a los actos administrativos que ordenaron su alternancia, los cuales fueron expedidos con anterioridad al acto demandado; y, sin que hubiese vencido la fecha señalada para su siguiente alternación.

7 El 21 de junio de 2013 fue comisionado en la planta externa en el Consulado General de Colombia en Panamá al cargo de Consejero. En esa fecha se encontraba en el escalafón de Consejero. De acuerdo con la fecha de su alternación a planta interna, a este funcionario le corresponderá alternar nuevamente a planta interna en enero de 2018.

8 El 31 de octubre de 2013 fue trasladada dentro de la planta de personal al cargo de Ministra Consejera. En la fecha de su traslado ocupaba el cargo de Ministra Consejera. Actualmente se encuentra prestando sus servicios en la Presidencia de la República.

9 El 9 de abril de 2014 fue comisionada a planta interna, al cargo de Consejero. De acuerdo con la fecha de su alternación a planta interna, a dicha servidora le corresponderá alternar nuevamente en julio de 2017.

10 El 21 de junio de 2013 fue comisionado a la planta externa en el cargo de Primer Secretario en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Nicaragua. Para esa fecha se encontraba inscrito en el escalafón de Ministro Consejero, de acuerdo con la fecha de su alternación a planta interna, le corresponderá alternar a planta interna en el mes de enero de 2018.

11 El 20 de noviembre de 2013 fue trasladado a planta externa al cargo de Ministro Consejero adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Ginebra (Suiza). Para esa fecha estaba inscrito en el escalafón de Ministro Consejero. De acuerdo con la fecha de alternación le corresponde alternar nuevamente a planta interna en julio de 2018.

12 El 28 de mayo de 2014 fue trasladada a planta externa al cargo de Ministro Consejero adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Corea. En esa fecha estaba inscrita en el escalafón de Ministro Consejero. De acuerdo con la fecha de su alternación le corresponde alternar nuevamente a planta interna en enero de 2019.

13 El 23 de enero de 2012 fue comisionado a planta externa al cargo de Primer Secretario adscrito al Consulado General de Colombia en Houston. Para esa fecha estaba inscrito en el escalafón de Ministro Consejero. De acuerdo con la fecha de su alternación le corresponde alternar nuevamente a planta interna en julio de 2016.

14 El 15 de octubre de 2010 fue trasladado de manera anticipada a la planta externa al cargo de Ministro Consejero adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Israel. Para esa fecha estaba inscrito en el escalafón de Ministro Consejero y llevaba 2 años y 2 meses en planta interna. Le corresponderá alternar nuevamente en enero de 2016.

#### 1.4.3. El demandado guardó silencio

### 1.5. Fallo de primera instancia

En sentencia del 23 de julio de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" se inhibió de pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado por carencia actual de objeto.

Señaló que mediante oficio radicado el 4 de junio de 2015 en ese Tribunal, la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores remitió los antecedentes del acto demandado. Además, esta funcionaria envió copia del Decreto No. 0610 del 7 de abril de 2015 mediante el cual se revocó el acto acusado.

Argumentó que, el Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores revocaron el nombramiento provisional del demandado como Ministro Plenipotenciario adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires, toda vez que el señor Suárez Flórez no tomó posesión del cargo dentro del término establecido en el artículo 44 del Decreto No. 1950 de 1973.<sup>15</sup>

Determinó que, el demandado al no haber tomado posesión del cargo, el acto acusado no surtió efectos legales, en la medida en que aquel no asumió funciones, no ejerció el cargo diplomático y no originó la erogación de emolumentos del Estado a su favor.

Así pues, adujo que no es posible asumir el control de legalidad del acto enjuiciado por cuanto desde su expedición y hasta su "derogatoria" no produjo ningún efecto jurídico, lo cual hace improcedente un pronunciamiento de la jurisdicción. Esto configura la carencia actual de objeto del control que puede ejercer la Jurisdicción, porque el acto particular demandado no materializó ni consolidó ninguna situación jurídica, por lo cual se inhibió de pronunciarse sobre su legalidad.

### 1.6. Recurso de apelación

La parte actora impugnó dentro del término legal la providencia de primera instancia en escritos en los que:

i) Reiteró los argumentos planteados en la demanda y transcribió *in extenso* el fallo de tutela proferido por esta Sección el 23 de abril de 2015, M. P.: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2014-2734.

ii) Adujo que el fundamento de los fallos inhibitorios contraviene lo dispuesto por el legislador en el artículo 95 del CPACA, que le permite a la Administración revocar el acto administrativo por ella expedido "*aum cuando se haya acudido*

15 Artículo 44. Toda designación debe ser comunicada por escrito con indicación del término para manifestar si se acepta, que no podrá ser superior a diez (10) días, contados a partir de la fecha de la comunicación. La persona designada deberá manifestar por escrito su aceptación o rechazo, dentro del término señalado en la comunicación.

*ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda".* En el presente proceso el auto admisorio de la demanda se notificó a las entidades demandadas un mes antes de la expedición del acto administrativo que revoca el nombramiento en provisionalidad objeto de la demanda.

iii) Argumentó que el acto acusado sí produjo efectos jurídicos a partir de la fecha de su publicación en el *Diario Oficial*, requisito que es el presupuesto para determinar el comienzo de los efectos jurídicos del acto demandado y el término de caducidad. Luego, el hecho de que el demandado no haya tomado posesión del cargo no tiene incidencia alguna en el asunto objeto de debate.

iv) Adujo que la presente se trata de una acción pública de nulidad respecto de un acto de nombramiento que goza de presunción de legalidad, condición que solo se pierde hasta tanto haya un pronunciamiento de anulación por parte del juez competente, luego la revocatoria del acto demandado no altera en nada la relación jurídico-procesal del demandante, por cuanto las causales de nulidad de la litis aún son válidas.

v) Un fallo inhibitorio debe ser excepcional, además porque en el proceso se dan etapas de saneamiento del proceso y el juez cuenta con poderes y prerrogativas que de oficio le permiten remover cualquier obstáculo que le impida un pronunciamiento de fondo y así garantizar la efectividad del derecho sustancial de los intervinientes en el proceso

## 1.7. Alegatos en segunda instancia

**1.7.1. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República,** mediante apoderado judicial, reiteró parte de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Asimismo, adicionó que el acto acusado fue revocado por el Gobierno nacional mediante el Decreto No. 0610 del 7 de abril de 2015 y, a pesar de que esta Jurisdicción es competente para revisar la legalidad de actos administrativos que hayan sido derogados, porque lo que se persigue es el control sobre los efectos y las situaciones jurídicas que se pudieron consolidar mientras estuvieron vigentes, en el caso concreto sin la posesión del demandado en el cargo de Ministro Plenipotenciario, el nombramiento efectuado se extinguió sin efecto jurídico alguno.

**1.7.2. El Ministerio de Relaciones Exteriores,** mediante apoderado judicial, manifestó que respecto de la ausencia de aceptación del cargo por parte del señor Suárez Flórez, existe una carencia actual de objeto y por tanto no existe razón para estudiar de fondo el asunto sometido al Consejo de Estado.

Adujo que no obstante la manifestación de voluntad de la Administración de efectuar un nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que, dicho acto administrativo no surtió los efectos jurídicos propuestos, ya que la persona nombrada en provisionalidad no aceptó la designación y por esa razón fue necesario revocarla, de modo que el control judicial en esa sede resulta inocuo en su ejercicio, pues el acto es inexistente en el ámbito jurídico.

Afirmó que la existencia, validez y eficacia del acto administrativo están condicionadas al cumplimiento de una serie de exigencias, y si las cumple, debe ser considerado como legal. El nombramiento, al ser un acto condición, implica la aceptación del cargo de la persona nombrada, y posteriormente la posesión de la misma en aquel, de modo que sin este último requisito, el acto administrativo nunca surgió a la vida jurídica, pues la eficacia del acto está condicionada a la formalidad de la aceptación del cargo, lo cual en este caso, no se dio.

En consecuencia, consideró que uno de los requisitos de los actos administrativos es que surta los efectos jurídicos que se buscaron al momento de haberse proferido, de tal manera que si la persona que se designó decide no aceptar dicho nombramiento, por motivos ajenos a la Administración, tal decisión administrativa constituye una especie de inexistencia en el mundo legal, lo que hace que se escape a las autoridades judiciales realizarle cualquier tipo de análisis, puesto que el mismo nunca tuvo verdadera identidad legal.

## 1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante la Sección Quinta del Consejo de Estado solicitó revocar la decisión de primera instancia objeto de la presente alzada, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda por presentarse carencia actual de objeto.

Consideró que cuando la revocatoria directa del acto administrativo se funda en razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, la misma surte efectos retroactivos, lo que quiere significar que las cosas vuelven al estado en que se encontraban en el momento de la expedición del acto revocado.

En el mismo sentido se ha sostenido que las sentencias anulatorias de actos administrativos, que buscan restablecer el imperio de la legalidad tienen efectos *ex tunc*, vale decir, hacia el pasado; así mismo, que bajo estas precisas condiciones carece de objeto un pronunciamiento de mérito por cuanto el acto acusado no ha causado efectos sobre los cuales pueda recaer pronunciamiento alguno.

Añadió que, considerado el acto de revocatoria del acto demandado, se tiene que la decisión de revocación no se ha fundado en una manifiesta oposición del acto con la

Constitución o la ley sino en una facultad de ley conforme a la cual, cuando el designado no toma posesión del cargo dentro del término señalado para el efecto, puede la Administración revocar el acto de designación.

Señaló que no se puede predicar del acto de revocatoria efectos *ex tunc* ya que dichos efectos rigen a futuro y no cuestionan la legalidad del acto inicial cuya revocación se ordena, es decir, que el acto revocado permanece vigente en el tiempo y produciendo sus efectos hasta el momento en que se revoca.

Indicó que la Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>16</sup> ha sido enfática en manifestar que para efectos de producir un fallo de mérito en relación con un acto administrativo no se requiere que el mismo se encuentre surtiendo efectos, por cuanto solo el fallo de nulidad, al producir efectos *ex tunc*, es el que desvirtúa la presunción de legalidad que invistió al acto administrativo mientras este produjo sus efectos y como la nulidad deprecada concierne a la validez del acto demandado en nulidad, en el evento de prosperar, los efectos de la decisión se remontan hasta el momento de la expedición del acto; en tanto que la revocatoria del acto, por la no posesión del designado, atañe a una circunstancia posterior al nacimiento del acto administrativo y no ataca la validez del mismo.

Argumentó que la decisión inhibitoria ha de ser la excepción, que por norma general, todo asunto litigioso que sea propuesto para la definición de los jueces debe concluir con una decisión de fondo.

Al entrar al estudio de fondo del asunto, señaló que a pesar de que en la hoja de vida del demandado se manifestó no conocer ni hablar idioma extranjero alguno, lo cierto es que esta exigencia no era imperativa para el nombrado, por cuanto este requisito puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino y como el nombramiento se efectuaba para un país que considera como oficial nuestro mismo idioma, el requisito se cumplía a cabalidad.

Manifestó que, esta Sección se ha pronunciado en varias oportunidades respecto de la violación del Decreto 274 de 2000, para el efecto transcribió la sentencia del 5 de febrero de 2004, expediente 2003-0013.

Determinó que, de conformidad con ese fallo, cuyos supuestos fácticos resultan similares al analizado en el *sub judice*, si bien el actor denuncia que en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores existía personal escalafonado que podía ser designado, no lo es menos que desconoció el hecho de que tal personal se encontraba en situación de alternación y que solo hasta tanto culminara este periodo, podían ser válidamente designados.

Adujo que el demandante desconoció el contenido de la prueba obrante a folio 159 y siguientes del expediente y en particular el escrito de apelación, pues los 8 funcionarios a los

cuales se refiere en el libelo, 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.

Concluyó que la presunción de legalidad que ampara el acto acusado no se ha desvirtuado, que el mismo se halla ajustado a la ley y por ende, las pretensiones del demandante deben ser desestimadas.

## II. CONSIDERACIONES

### 1.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el accionante contra el fallo de 23 de julio de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", está fijada por lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA, en el numeral 9° del artículo 152 de la misma normativa; y, en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999.

### 1.2. Problema jurídico por resolver

En el presente caso el señor Enrique Antonio Celis Durán controvierte el Decreto No. 0115 del 21 de enero de 2015 por medio del cual se nombró provisionalmente al señor Mario Suárez Flórez como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Buenos Aires (Argentina).

A juicio del accionante, el decreto enjuiciado se encuentra viciado de nulidad porque:

- i) Se nombró en provisionalidad al demandado en un cargo que pertenece a la carrera diplomática y consular;
- ii) No se puede desconocer a los funcionarios de carrera que tienen más de 17 años de experiencia, que cumplen con los requisitos y han aprobado los exámenes de ascenso para ocupar el cargo del escalafón;
- iii) Existen funcionarios que tienen el derecho a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, y la Cancillería sin justificación alguna los mantiene en cargos inferiores, violando las disposiciones que rigen el ascenso y provisión de los mismos con personal de carrera; y,
- iv) El demandado no cumple con el requisito de idioma exigido para el ingreso a la carrera diplomática.

<sup>16</sup> Radicado No. 1999-482. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. 5 de julio de 2006.

Ahora bien, corresponde a la Sala determinar, si tal como lo concluyó el *a quo*, en el caso de la referencia se presenta la carencia actual de objeto y por ende se debe declarar inibida para pronunciarse de las pretensiones de la demanda, toda vez que mediante Decreto No. 0610 del 7 de abril de 2015 se revocó el acto acusado, pues el demandado no tomó posesión de su cargo, o si por el contrario corresponde efectuar un análisis de fondo de la controversia.

Esta Sección, para resolver el problema jurídico planteado y por efectos metodológicos se ocupará de:

- (i) la revocación directa de los actos administrativos,
- (ii) la existencia, la validez y la eficacia como fenómenos distintos de los actos administrativos –concepto y diferencias–,
- (iii) el requisito de tomar posesión para los nombramientos en los cargos encomendados, para finalmente,
- (iv) abordar el caso concreto y establecer las,
- (v) conclusiones pertinentes.

### 1.3. De la revocación directa de los actos administrativos

La revocatoria directa es una figura de derecho administrativo que, en el orden jurídico interno, se encuentra actualmente regulada en los artículos 93 a 97 del CPACA y a través de la cual se permite a “*la administración hacer desaparecer de la vida jurídica los actos que ella misma ha expedido anteriormente, lo cual se conoce en algunos ordenamientos como el retiro de los actos administrativos*”<sup>17</sup>.

Es importante diferenciar la “*revocatoria directa*” de la “*anulación*” de los actos administrativos, pues aunque, prima facie, tienen la misma consecuencia, esto es, el retiro de los actos de los ordenamientos, en la nulidad la extinción del acto se debe a la decisión de una autoridad judicial y sus efectos pueden ser diferidos o, si se quiere, modulados, según lo decidido por el juez en cada caso<sup>18</sup>.

Según el tenor del artículo 93 del CPACA la revocatoria directa podrá realizarse directamente por el funcionario que expidió el acto o por sus superiores jerárquicos o funcionales.

“Igualmente, según el artículo 95 *Ibidem* aquella podrá cumplirse en cualquier tiempo<sup>19</sup> incluso “*cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*”, pero en este evento “*siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda*”.

De lo anterior se concluye que la atribución de revocatoria directa

de los actos administrativos expedidos por la administración se ve limitada cuando la controversia derivada de aquellos –los actos administrativos– es sometida a conocimiento del juez, en este evento nace un límite temporal para su ejercicio –*competencia ratione temporis*–, de forma que esta será solo viable **sí y solo sí no se ha notificado el auto admisorio de la demanda**.

En otras palabras, la revocatoria directa de un acto que fue demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, solo es posible efectuarla por parte de la administración hasta antes de que el auto admisorio de dicha demanda sea notificado.

En estos eventos, el legislador prefirió que fuera el juez, y no la administración, quien se encargara de definir el debate en relación con la validez del acto objeto de controversia.

Así las cosas, corresponde a la Sala analizar si el acto acusado podía ser revocado de forma directa, pese a que aquel ya había sido sometido a control judicial. Veamos:

- El acto acusado es el Decreto No. 0115 del 21 de enero de 2015 a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró, con carácter provisional, al señor Mario Suárez Flórez como Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, Código 0074, Grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina). (Fl. 11).
- La demanda de nulidad electoral fue presentada el 4 de marzo de 2015, tal y como consta en el sello impuesto por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Fl. 1).
- El libelo presentado por el señor Enrique Antonio Celis fue admitido mediante auto del 5 de marzo de 2015, providencia que fue notificada de la siguiente manera:
  - Al actor, por estado del 6 de marzo de 2015 tal y como consta al reverso del folio 31 del expediente.
  - A la Cancillería, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Presidencia de la República el día 16 de marzo de 2015 mediante mensaje electrónico dirigido al buzón de notificaciones judiciales dispuesto para tal fin. (fls. 34 a 38).
  - A la agencia de Defensa Jurídica para el Estado mediante mensaje dirigido al correo electrónico [procesos@defensajuridica.gov.co](mailto:procesos@defensajuridica.gov.co). (Fls. 41-43).
  - Al demandado, mediante aviso publicado el día 29 de marzo de 2015 en dos diarios de amplia circulación nacional. (Fls. 53 y 54).
- Mediante Decreto 610 de 7 de abril de 2015 se revocó el Decreto 0115 del 21 de enero de 2015, toda vez que, el demandado no tomó posesión del cargo dentro término

17 Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, decimosexta edición, Temis, Bogotá, pág. 420.

18 *Ibidem* pág. 423.

19 *Ibidem*, pág. 424.

estipulado para el efecto en el artículo 44 del Decreto 1950 de 1973. (Fl 156).

Bajo este panorama, es claro que aunque el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 mediante el cual se revocó el acto acusado se profirió de conformidad con la causal contenida en el literal d) del artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, lo cierto es que aquel desconoció el artículo 95 del CPACA, comoquiera que se profirió cuando el auto admisorio de la demanda ya había sido notificado a todas las partes del proceso electoral.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la revocatoria directa se realizó por fuera de la oportunidad que la ley previó para su ejercicio, la Sala, autorizada por virtud del artículo 148 del CPACA, inaplicará con efectos interpartes<sup>20</sup> el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 “por el cual se revoca el Decreto 0115 de 21 de enero de 2015”, ya que es claro, que aquel se profirió en abierta contravención a una norma superior en la que debía regirse y así lo dirá expresamente en la parte resolutive de esta providencia.

#### 1.4. De la existencia, la validez y la eficacia como fenómenos distintos de los actos administrativos –concepto y diferencias–

Por ser necesario para el caso que ocupa la atención de la Sala, es preciso ocuparse de los conceptos enunciados que, con frecuencia, tienden a confundirse por parte de los diferentes operadores jurídicos:

En aras de dotar de garantías tanto a los ciudadanos como a la Administración misma, es precisamente como el sistema jurídico y el Estado Social le han reconocido unos atributos y unos elementos propios al acto administrativo, cuyo desconocimiento derivan en diversas consecuencias jurídicas que reivindican disposiciones procesales y sustanciales creadas por la particular estructuración de la actuación administrativa, verbigracia, la nulidad o la revocatoria directa del acto administrativo cuando la irregularidad del acto se encuentra en su validez.

A continuación, se expondrán cada uno de los fenómenos que son inherentes y estructuran el acto administrativo, no sin antes mencionar que estos, por un lado, permiten singularizarlo y diferenciarlo del acto jurídico privado; y por otra parte, hacen posible comprender el control de legalidad y/o de legitimidad –como lo señala Cassagne- que ha de ejercerse sobre ellos.

La **existencia**, en tratándose de los actos administrativos, se refiere a la creación del acto administrativo, es decir, al momento en el cual se origina o este nace a la vida jurídica.

<sup>20</sup> Entendida como la posibilidad “que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”. Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 29 de enero de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206).

Aunque prima facie parecería no tener ningún problema definir el momento en el cual se entiende que el acto se genera, lo cierto es que la tesis actual frente al tema no siempre fue la misma.

En ese orden de ideas, bajo la lógica del Estado de Derecho, se entendía que la Administración expresaba su **voluntad únicamente cuando se surtía la notificación del acto administrativo, es decir, que previamente a ella, se entendía que el acto no nacía a la vida jurídica, no existía**. Como lo advierte Santofimio, a la luz de esta idea:

*“...el procedimiento de publicitación de una decisión de la administración pública que pretenda producir efectos jurídicos es elemento esencial del acto administrativo (...) el acto administrativo nace a la vida jurídica una vez se hubiere agotado el procedimiento de notificación o publicación del acto administrativo”<sup>21</sup>.*

Huelga decir que esta consideración, alguna vez sostenida por nuestro Consejo de Estado<sup>22</sup>, desconoce abiertamente los derechos de los ciudadanos y abre las puertas para que la Administración goce de una prerrogativa hoy impensable y revaluada, toda vez que asumir que el acto administrativo **existe** siempre y cuando se lleve a cabo su publicación o notificación, no es más que confundir los conceptos de **existencia** y **eficacia** del acto, lo cual resulta poco garante para quien acude a la Administración.

Hoy, y acorde con la filosofía de un Estado Social de Derecho, esta postura ha de reevaluarse, entendiendo como lo afirma también Santofimio, que *“El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efecto jurídicos. En este sentido, las actuaciones o procedimiento de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto...”<sup>23</sup>.*

Esta última tesis que es la que impera actualmente en nuestro derecho, por un lado, reivindica la diferenciación que existe entre los escenarios de **existencia** y **eficacia** del acto administrativo; y por otra parte, garantiza los derechos de quienes acuden a la Administración.

Ciertamente, pensar que antes de la notificación el acto jurídico administrativo no existe, no es más que invisibilizar la realidad bajo una ficción. Se puede afirmar entonces que si el acto ha sido expedido por la Administración, no puede esta, so pretexto de no haber sido publicado o notificado, negar que el

<sup>21</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo: acto administrativo. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. Pág. 166.

<sup>22</sup> Ilustración de esta posición se encuentra en: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de 11 de septiembre de 1969, M. P. Miguel Lleras Pizarro, Anales del Consejo de Estado Nos. 423 y 424.

<sup>23</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo: acto administrativo. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. Pág. 167.

acto ha nacido a la vida jurídica, lo cual resulta evidentemente contrario a la realidad. Como bien lo explica Luna:

*"(...) las ficciones, consistentes, en cuanto alteraciones de la realidad material o de los conceptos jurídicos en que la realidad jurídica se formaliza, en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera"*<sup>24</sup>.

En virtud a la lógica de este último planteamiento, salta a la vista que hoy no es posible seguir confundiendo la **existencia** del acto con su **eficacia**. Así lo confirma la posición vigente del Consejo de Estado, la cual sostiene que el acto existe una vez es expedido:

*"(...) el Consejo de Estado ha considerado que este nace a la vida jurídica en el momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión, es decir, que el mismo existe desde su expedición, pero para que sea eficaz y pueda aplicarse, la Administración está en el deber de hacerlo conocer, con el fin de que pueda ser exigible; que sus destinatarios se enteren de su contenido y lo acaten o puedan impugnarlo a través de los correspondientes recursos y/o acciones"*<sup>25</sup>.

La diferenciación entre la **existencia** y los otros elementos del acto administrativo aquí no se agota, puesto que también se ha advertido la relevancia práctica que para tal efecto tiene la distinción entre la **existencia** y la **validez** del mismo.

En ese orden de ideas, se debe entender que la convergencia del sujeto, objeto, causa, fin y forma en la configuración del acto administrativo, permite establecer que efectivamente el acto **existe**, y por lo mismo, ante la ausencia o vicio de alguno de esos elementos esenciales, la consecuencia será la nulidad del acto jurídico, situación en la cual realmente, se ve comprometida su **validez**.

Ahora bien, si hay una ausencia absoluta de alguno de los elementos, v. gr. en el elemento subjetivo, como cuando un sujeto particular, ajeno a la Administración y sin el poder para comprometer de manera alguna la voluntad de la misma, elabora un documento tomando una decisión (destitución del Presidente de la República), se entiende que el acto administrativo ni siquiera ha nacido a la vida jurídica constituyéndose en una "*via de hecho*", juzgándose como tal sus efectos, si en verdad los produce.

Si lo que se presenta por ejemplo es un vicio en virtud al exceso de las atribuciones o funciones ejercidas por un sujeto vinculado a la Administración (el Ministro del Interior declara insubsistente al Secretario Jurídico de Presidencia) y con competencia para expedir determinada clase de acto administrativo, el acto existe, pero será nulo por la causal de nulidad de falta de competencia.

Esta distinción entre **existencia** y **validez**; y **existencia** y **eficacia**; posibilita una comprensión amplia y razonada de los elementos y la vigencia de los actos administrativos, haciendo visibles efectos absurdos ya superados, como el de considerar que la **invalidez** del acto conlleva a su **inexistencia**, lo cual desconoce manifiestamente que el acto **existió** y **produjo efectos jurídicos**.

Así, conviene enfatizar que la **validez** determina si el acto que nació a la vida jurídica, *i.e.* el acto que ya existe, ha sido generado con las condiciones de fondo y de forma que precisa la ley, so pena que mediante el control judicial respectivo, el acto pueda llegar a ser declarado nulo.

La **eficacia**, como quedó establecido, hace referencia a que realmente el acto administrativo se realice, ejecute o cumpla, es decir, que produzca los efectos jurídicos previstos por la autoridad al momento de su expedición. Frente al tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-957 de 1999 indicó:

*"Los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Solo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros"*.

En suma, un acto administrativo puede existir y estar viciado en su validez, puede existir y ser válido, mas no eficaz, e incluso existir, no ser válido y haber producido todos sus efectos jurídicos. Pero, como es apenas natural, presupuesto de la eficacia y la validez es la existencia, de forma que aquel no podrá ser válido o inválido, ni tampoco eficaz o ineficaz, si no existe.

Precisado lo anterior, se ocupará la Sala del acto de posesión y sus implicaciones.

### 1.5. Del requisito de tomar posesión para los nombramientos en los cargos encomendados

El Capítulo VI del decreto No. 1950 de 1973<sup>26</sup> establece la competencia y el procedimiento para la provisión de empleos en las entidades objeto de la referida normativa<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Luna Serrano A. Las Ficciones del Derecho. Bogotá: Universidad Javeriana. 2013. Pág. 25.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B, sentencia de 17 de marzo de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2004-00885-02(1465-10), C. P. Bertha lucía Ramírez de Páez.

<sup>26</sup> "Por el cual se reglamentan los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil".

<sup>27</sup> Empleos de la Rama Ejecutiva del poder público en lo nacional.

Dentro del mencionado capítulo encontramos el artículo 44, que dispone:

*“Artículo 44. Toda designación debe ser comunicada por escrito con indicación del término para manifestar si se acepta, que no podrá ser superior a diez (10) días, contados a partir de la fecha de la comunicación. La persona designada deberá manifestar por escrito su aceptación o rechazo, dentro del término señalado en la comunicación”.*

En fallo de 5 de junio de 2008 la Sección Segunda de esta Corporación adujo, respecto del requisito de tomar posesión del cargo encomendado:<sup>28</sup>

*“(…) es pertinente recordar que el acto de nombramiento se materializa y está condicionado por otro acto denominado posesión; así las cosas, mediante el nombramiento se otorgan unas competencias en abstracto que solo tendrán vigencia a partir del momento de la posesión del cargo encomendado y permite que un individuo determinado quede cobijado por una situación general que antes no la alcanzaba con la sola designación”.*

Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-457/92<sup>29</sup> señaló que *“el funcionario solo adquiere los derechos y deberes propios del cargo en el momento en que tome posesión del mismo, por ser el nombramiento un acto-condición que se formaliza con el hecho de la posesión”.*

Esa misma Corporación en fallo de 11 de mayo de 1992<sup>30</sup> respecto del deber de tomar posesión del funcionario nombrado o elegido señaló:

*“Abora bien, para que el derecho enunciado [de participación ciudadana] pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley.*

***Mientras la persona no se ha posesionado, le está***

28 Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A”. C. P. Jaime Moreno García. Radicación No.: 25000-23-25-000-2003-09010-01(0874-07). Actor: Zoila Judith Rodríguez. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal.

29 Ref. Expediente T.1376. Peticionario: Gina Silenia Cabanzo y otros ciudadanos. M. P. Ciro Angarita Barón. 14 de julio de 1992.

30 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia No. T-003/92 del 11 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

*vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público. Es la posesión, en tal sentido, un requisito sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública, pues, según el artículo 122 de la Carta Política, ‘ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben’.* (Negrillas de la Sala).

## 1.6. Caso concreto

Habiéndose explicado lo anterior, e inaplicado el decreto contentivo de la revocatoria directa del acto demandado por ser abiertamente ilegal, queda claro que el escenario en el que se sitúa la controversia no es el de su **existencia**, ni tampoco el de su **validez** sino el de su **eficacia**, como seguidamente pasará a explicarse.

En el *sub judice*, observa la Sala que mediante Oficio No. S-GAPT-15-006695 del 26 de enero de 2015 la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores le comunicó al señor Mario Suárez Flórez:

*“De manera atenta le informo que mediante Decreto 0115 del 21 de enero de 2015, expedido por el Señor Presidente de la República, fue nombrado provisionalmente en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina).*

***Le informo que cuenta con diez (10) días hábiles a partir de la presente comunicación para aceptar el cargo y diez (10) días hábiles después de la aceptación para tomar posesión en la ciudad de Buenos Aires. (...)”***<sup>31</sup>

Así pues, de conformidad con el Decreto 1950 de 1973, la designación del demandado como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Buenos Aires (Argentina), le fue comunicada el 26 de enero de 2015, con indicación de que contaba con 10 días para aceptar el cargo y luego de este lapso, tenía 10 días más para tomar posesión del mismo.

Es decir, el señor Suárez Flórez debía tomar posesión del cargo descrito en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), máximo hasta el día 2 de marzo de 2015, no obstante, aquel no concurrió a esta ciudad para dichos efectos.

Entonces bien, es evidente que en el caso concreto el

31 Constancia notificada el 2 de febrero de 2015. (Folio 113).

acto jurídico que designó al demandado como Ministro Plenipotenciario en Buenos Aires (Argentina), si bien existió, **nunca produjo efectos jurídicos**, pues al haberse omitido el requisito de la posesión, el accionado no asumió sus funciones, deberes y responsabilidades como Ministro Plenipotenciario, requisito que, como se dijo en precedencia, es *sine qua non* para iniciar el desempeño de la función pública y por tanto, le está vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público.

Advierte la Sala que, a pesar de la existencia del acto administrativo cuestionado, que se presenta a partir del mismo instante en que la Administración exterioriza su voluntad, es innegable que la eficacia del mismo se vio supeditada o condicionada a que el demandado tomara posesión del cargo en el que fue designado, pero como esta condición no se llevó a cabo, dicho acto no produjo los efectos jurídicos deseados por la Administración.

Bajo este panorama, es dable señalar que al no producirse la posesión -acto condición-, el acto acusado jamás cumplió su finalidad ni produjo efectos de ninguna índole y, por ello, los supuestos vicios que contra aquel se esbozaron resultan impertinentes y superfluos. Las razones anteriormente expuestas resultan suficientes para negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, es cierto, como lo afirman el Ministerio Público y el demandante que, los fallos inhibitorios son excepcionales y constituyen la "antítesis" del acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Por esta razón, el Juez tiene la responsabilidad de agotar todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece y así tomar una decisión de fondo.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión del Tribunal de declararse inhibido para pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado por presentarse la carencia actual de objeto y, en su lugar, de un lado, se inaplicará con efectos inter partes el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 "*por el cual se revoca el Decreto 0115 de 21 de enero de 2015*" y, de otro, se negarán 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,

### III. FALLA:

**Primero: Revocar** la sentencia dictada el 23 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" para, en su lugar:

**Primero. Inaplicar** con efectos inter partes el Decreto 610 de 7 de abril de 2015 "*por el cual se revoca el Decreto 0115 de 21 de enero de 2015*", por los motivos descritos en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. Negar** las pretensiones de la demanda.

**Segundo: Devolver** el expediente al Tribunal de origen.

**Tercero: Advertir** que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Antonio Aljure Salame**

Conjuez

**MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Los nombramientos requieren cumplir con la exigencia de la alternación/ALTERNACIÓN - Pretende que quienes prestan sus servicios en el exterior no lo hagan en forma indefinida/ CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR - La provisión de empleos está sujeta al cumplimiento del periodo de alternación/ CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR - Ministro plenipotenciario/MINISTRO PLENIPOTENCIARIO - El demandante no cumplió la carga probatoria de solicitar ni aportar las actas de posesión respectivas**

En el presente caso el señor Enrique Antonio Celis Durán controvierte la legalidad del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 por medio del cual se designó provisionalmente al señor Alejandro Posada Baena como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global de Alejandro Posada Baena, pues no se logró demostrar que existieran funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles en los términos atrás anotados.

En especial, se destaca la falencia probatoria incurrida por el demandante respecto de la carga de demostrar que los funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que se encontraban cumpliendo el período de alternación en el exterior, al momento de la expedición del acto acusado, habían cumplido el término de 12 meses en la respectiva sede para efectos de poder ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Esta falencia se originó porque en el presente proceso, al igual que en el caso estudiado por esta Corporación en la sentencia de 05 de noviembre de 2015, el demandante no cumplió la carga probatoria que le correspondía de solicitar ni aportar como pruebas las actas de posesión respectivas.

Así las cosas, se tiene la designación en provisionalidad del demandado en el cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón se realizó de conformidad con las disposiciones que regulan la Carrera Diplomática y Consular contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

De manera particular, debe resaltarse que no existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena porque el demandante no pudo demostrar que, al momento de la expedición del acto

demandado, existieran funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que cumplieran con el requisito de disponibilidad.

En conclusión, y revisados los argumentos propuestos por ambas partes y tras calificar el mérito probatorio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala concluye que debe revocarse el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", para que en su lugar se ordene denegar las pretensiones de la acción de nulidad electoral instaurada por el señor Enrique Antonio Celis Durán contra el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global, de Alejandro Posada Baena.

Nota de Relatoría: Sentencia de 05 de noviembre de 2015. Rad. 250002341000201500541 01. C.P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00542-01

Actor: Enrique Antonio Celis Durán

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó la Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores, contra la sentencia del 13 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto 0114 de 21 de enero de 2015 proferido por el Ministerio de Relaciones, *"por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores"*.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. La demanda<sup>1</sup>

##### 1.1.1. Pretensiones

El señor Enrique Antonio Celis Durán, en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

*"(...) Que se declare la nulidad del Decreto No. 0114 del 21 de enero de 2015, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra*

<sup>1</sup> Ver folios 1 a 10.

*de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín Cuéllar, nombraron con CARÁCTER PROVISIONAL a ALEJANDRO POSADA BAENA (...) como MINISTRO PLENIPOTENCIARIO, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón*<sup>2</sup>.

### 1.1.2. Hechos

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

- El Gobierno nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores–, mediante Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, designó con carácter provisional al señor Alejandro Posada Baena, como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.
- El señor Posada Baena no es funcionario de Carrera Diplomática y Consular, y para la fecha en que se emitió el acto demandado se encontraban funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios, que debieron ser tenidos en cuenta para ocupar ese cargo. En este punto, citó como ejemplo, algunos funcionarios que habían ascendido al escalafón de Ministros Plenipotenciarios pero que ocupaban cargos de inferior categoría como el de Ministro Consejero o Consejero.
- En similar situación se encontraban algunos funcionarios de carrera inscritos como Ministros Consejeros que estaban llamados a ocupar dicho cargo y que prestaban sus servicios en otro de inferior jerarquía como el de Consejero o Primer Secretario.
- La comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía y dignidad, en el caso de un Ministro Plenipotenciario, finaliza cuando existe la vacante del cargo equivalente, en este evento, el de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.
- Refirió que la persona designada a través del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario, en comparación con un funcionario de Carrera Diplomática y Consular, quien alcanza el rango de Ministro Plenipotenciario después de 20 años de formación y de experiencia. Indicó que idéntica situación puede predicarse de quienes tienen el rango de Ministro Consejero, luego de que transcurren 16 años en constante preparación académica y después de superar evaluaciones anuales de servicio para ascender a dicha dignidad.

- Manifestó que la persona designada por medio del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, no demostró el dominio del idioma inglés o japonés, tal y como lo debe acreditar el aspirante de ingreso a la Carrera Diplomática y Consular como tercer secretario para el curso de formación del año 2015.
- Aseguró que, el Ministerio de Relaciones Exteriores utiliza de manera permanente la comisión para situaciones especiales, artículo 53, literal a) del Decreto 274 de 2000, designando a funcionarios de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía y, excepcionalmente, en cargos equivalentes a la categoría inmediatamente superior.
- Sostuvo que no existen razones del servicio ni motivos serios que justifiquen el ejercicio de la facultad excepcional contenida en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 para realizar un nombramiento en provisionalidad en el segundo cargo más alto de la función diplomática: Ministro Plenipotenciario.
- Para finalizar, señaló que el acto demandado fue comunicado al señor Alejandro Posada Baena el 28 de enero de 2015.

### 1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante sostuvo que el acto de nombramiento enjuiciado contravino los artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política, y los artículos 4, 53 y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular (Decreto Ley 274 de 2000).

Enfatizó en el desconocimiento de los artículos 13 y 125 Superiores, a la luz de los cuales la provisión y ascenso de los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y deben cumplir los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades del aspirante. En concreto, agregó, el mérito para el ejercicio de la función del servicio exterior, al ser una carrera especializada, debe demostrarse con experiencia laboral específica, evaluación satisfactoria y formación académica permanente.

Manifestó que el acto administrativo objeto de reproche vulnera los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir la Carrera Diplomática y Consular, consagrados en el artículo 4 del Decreto Ley 274 de 2000, pues no existe razón alguna para que la Administración designe a una persona que no pertenece a la carrera ni para que ejerza en este caso la facultad especial y reglada de la provisionalidad.

Con respecto al desconocimiento del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, señaló que el carácter excepcional de la comisión en cargos es aún más estricta frente a los cargos de Carrera Diplomática y Consular, en donde no puede comisionarse a un Ministro Plenipotenciario e incluso a un Ministro Consejero, en un empleo de inferior nivel al que le corresponde.

2 Folio 2.

Afirmó el actor que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al aplicar el artículo 60 *Ibidem*, desconoció que solo puede designar en provisionalidad a una persona ajena a la Carrera Diplomática y Consular, cuando no cuente con personal de carrera para proveer la vacante. Advirtió que, en este caso, el cargo debía ser suplido con los Ministros Plenipotenciarios que se encontraban ocupando un cargo de inferior rango, pero, de todas maneras, adujo si hipotéticamente se aceptara que ninguno de ellos se encontrara ocupando un cargo distinto a su escalafón, los Ministros Consejeros tienen los méritos para ser designados en comisión en situaciones especiales.<sup>3</sup>

## 1.2. Admisión de la demanda<sup>4</sup>

Mediante auto de 09 de marzo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" admitió la demanda y ordenó notificar al señor Alejandro Posada Baena, a la señora Ministra de Relaciones Exteriores, a la Directora General de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al Agente del Ministerio Público y a la comunidad, en los términos del artículo 277 del CPACA.

## 1.3. Contestación de la demanda

### 1.3.1. Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>5</sup>

El **Ministerio de Relaciones Exteriores**, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda debido a que el acto administrativo demandado fue expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes.

Indicó que no existe ninguna exigencia en el sentido de que el funcionario designado deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, cuando, en este caso, el nombramiento se realizó en provisionalidad de acuerdo con la facultad consagrada en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Explicó que no ha transgredido la estabilidad laboral de ningún funcionario inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, y que, de la revisión de la hoja de vida de la persona nombrada, se evidencia el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo. Por tanto, el acto administrativo demandado se ajusta a derecho.

Además, señaló, la especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios y la trascendencia de la misma, tanto a nivel nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que tiene instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, las cuales jamás pueden ser aplicadas al margen del sistema al que pertenecen.

De acuerdo con dicho régimen, explicó, el personal de Carrera Diplomática y Consular debe prestar su servicio en planta externa durante 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, por necesidades del servicio, y en planta interna durante 3 años prorrogables a solicitud del servidor público. Según la institución en mención, y una vez el funcionario cumple con el término correspondiente, la Dirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces debe coordinar las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma. El desplazamiento se realiza en el mes de julio, cuando los periodos de permanencia se consolidan durante los meses de enero a junio anteriores. Así mismo, el desplazamiento se realiza en el mes de enero, para las situaciones causadas durante los meses de julio a diciembre anteriores al mismo.

Por tanto, adujo, la obligación legal de dar cumplimiento cabal a los requerimientos especiales del servicio, y a su vez el deber de dar aplicación al principio de alternación, tanto en planta interna como externa, dentro de los términos específicos de tiempo distintos a los previstos para el ascenso en el escalafón de carrera de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular, impone acudir a la figura del nombramiento en provisionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1, 12, 39, parágrafo 2 y 53 y 56 del literal a) *Ibidem*.

En cumplimiento de esta normativa, indicó que para la fecha en la que fue expedido el decreto, no podían ser nombrados los funcionarios inscritos en el escalafón en el rango de Ministro Plenipotenciario, ya que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón, en cumplimiento del periodo de alternación.

En este orden de ideas, el acto demandado, su objeto y contenido particular, fue expedido con base en la facultad discrecional consagrada en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 para realizar un nombramiento en provisionalidad, sin que se haya desconocido ningún derecho laboral de los funcionarios inscritos en el escalafón, pues se adoptó con base en lo establecido en la ley y en virtud del principio de especialidad y de la necesidad del servicio en favor del interés general.

### 1.3.2. Demandado<sup>6</sup>

El **demandado Alejandro Posada Baena**, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que estas fueran denegadas, aduciendo que la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores verificó y comprobó que para la fecha en que se produjo el acto administrativo por medio del cual fue nombrado en provisionalidad, no existían funcionarios inscritos en las categorías de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero que reunieran las condiciones necesarias que permitieran su nombramiento en el cargo para el cual fue designado. Adicionalmente, sostuvo,

<sup>3</sup> Ver *Ibidem*.

<sup>4</sup> Ver folios 30 a 32.

<sup>5</sup> Ver folios 52 a 70.

<sup>6</sup> Ver folios 84 a 93.

se estableció que todos los Ministros Plenipotenciarios y Ministros Consejeros inscritos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular se encontraban ejerciendo sus funciones en la planta interna o en la externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Expuso que cumple con todos los requisitos académicos, de experiencia y la suficiencia en el idioma inglés, para ejercer el cargo en el que fue nombrado. Indicó que el actor solo se refiere a la categoría de la provisionalidad pero deja de lado principios como el de la alternación, pronunciamientos de la Corte Constitucional, los mecanismos de administración de la Carrera Diplomática y Consular, y el sistema de ascensos dentro del escalafón de la misma.

En resumen, dijo, la legalidad de su nombramiento en provisionalidad deviene, en primer lugar, de la imposibilidad de designar a algún funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, ya que cuando se produjo el nombramiento cuestionado no existía ninguno en condición de elegibilidad, al aplicarse el principio de alternación y, en segundo lugar, porque dicho nombramiento era necesario, en cumplimiento del principio de especialidad y en razón del servicio, para lo cual, acreditó todos los requisitos exigidos.

#### 1.4. Audiencia inicial<sup>7</sup>

El 22 de mayo de 2015 el Magistrado Sustanciador llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

- Se desestimó la petición de coadyuvancia presentada durante el trámite de la audiencia inicial por parte de la señora Pilar Cristina Castellanos Martínez por haber sido presentada extemporáneamente.
- En relación con el saneamiento del proceso manifestó el Magistrado Sustanciador que no se advertía la existencia de irregularidades o vicios en el trámite del proceso.
- Se fijó el litigio en los siguientes términos: "(...) *bay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015 <<Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores>>, como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Japón, del señor Alejandro Posada Baena, por infracción a las normas relacionadas con el régimen de carrera diplomática y consular, ante la existencia de funcionarios de carrera que debían ser nombrados en el cargo designado al demandado*".
- Decretó las pruebas solicitadas por las partes y fijó la fecha y hora para la audiencia de pruebas.

7 Ver folios 137 a 141.

#### 1.5. Audiencia de pruebas<sup>8</sup>

La audiencia de pruebas, constituida el 23 de junio de 2015, tuvo por objeto recaudar la prueba solicitada por la parte demandante consistente en el informe escrito bajo juramento de la Ministra de Relaciones Exteriores. Así mismo, en esta etapa procesal el Magistrado Sustanciador consideró innecesario llevar a cabo la audiencia de alegatos y juzgamiento por considerar que existían elementos suficientes para dictar sentencia por escrito.

#### 1.6. Alegatos de conclusión en primera instancia

##### 1.6.1. Demandante<sup>9</sup>

El **demandante Enrique Antonio Celis Durán** manifestó que el Ministerio de Relaciones Exteriores no podía justificar su decisión de nombrar a una persona en provisionalidad aduciendo que los funcionarios de carrera llamados a ocupar dicho cargo se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación, tanto en la planta externa como interna del servicio exterior, puesto que estos conceptos fueron derogados expresamente con la expedición del Decreto 3358 de 2009, norma que se encuentra vigente junto con las respectivas modificaciones introducidas mediante los Decretos 047 y 2675 de 2013, y el Decreto 1444 de 2011.

Por tanto, explicó, para la fecha en que se expidió el acto acusado, tal y como puede evidenciarse de su contenido, existía una única planta global flexible del Ministerio de Relaciones Exteriores, con igual remuneración o asignación básica, independientemente de que las funciones se cumplieran en Colombia o en el exterior en alguna misión diplomática u oficina consular, lo cual permitía acudir a otras posibilidades, sin inobservar el principio de alternación pero realizando el derecho de los funcionarios de carrera a ser designados en cargos equivalentes a su categoría.

En consecuencia, expuso, el Ministerio de Relaciones Exteriores omitió exponer razonadamente en qué sentido consideró imposible designar a uno de las ocho personas inscritas en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, cargo en el que se nombró al señor Alejandro Posada Baena, cuando todos los cargos de Carrera Diplomática y Consular pertenecían a la única planta global y flexible del Ministerio.

Finalmente, señaló que la Administración interpretó de manera errónea el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, frente a la vigencia del Decreto 3358 de 2009 que deroga la planta interna y la planta externa del Ministerio, lo cual le permitía realizar el movimiento de carrera cumpliendo funciones en el país y en el exterior dentro de los lapsos de alternación.

8 Ver folios 185 a 188.

9 Ver folios 212 a 220.

### 1.6.2. Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>10</sup>

El **Ministerio de Relaciones Exteriores** adujo que el acto administrativo de nombramiento demandado se ajusta a la legalidad, pues se expidió una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos de la persona nombrada en provisionalidad y la necesidad del servicio, sumado a que existía 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, en cumplimiento del principio de alternación. Esto es, los funcionarios que se encontraban inscritos en dichos escalafones, para la fecha en que fue expedido el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna, 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.

En virtud de lo expuesto, como la planta interna de dichos funcionarios se encuentra fijada con carácter obligatorio por la ley en 3 y 4 años continuos de servicios, contados a partir de la fecha de la posesión en el cargo en planta interna, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 274 de 2000, a dichos funcionarios les correspondería alternar de nuevo en los meses de enero y julio de 2016, julio de 2017, enero y julio de 2018, y enero de 2019.

Sostuvo que la especial función que desarrollan los servidores adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en el ámbito nacional como internacional, generó la estructuración de un régimen jurídico de carrera que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia. Específicamente, la provisionalidad es una situación jurídica especial que faculta al nominador a nombrar en cargos de Carrera Diplomática y Consular a personas que no pertenecen a ella.

Por lo anterior, pidió que dicho nombramiento se declare ajustado a derecho, por observar la Constitución y la ley, y no incurrir en desviación de poder ni en las causales establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 275 del CPACA.

### 1.7. Concepto del Ministerio Público en primera instancia<sup>11</sup>

El Ministerio Público solicitó se denegaran las pretensiones formuladas por el demandante aduciendo que al momento de proferirse el nombramiento del señor Alejandro Posada Baena no existían funcionarios de Carrera Diplomática y Consular disponibles, puesto que se encontraban cumpliendo el periodo de alternación.

Con respecto a la vulneración de los principios rectores del servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, al no existir razones claras y concretas para que la Administración

hubiese procedido a la designación en provisionalidad de una persona que no pertenece a la carrera, recordó que los funcionarios que ocupaban cargos de inferior jerarquía al de su escalafón, no podían ser nombrados mientras no se cumplieran los términos ordenados en los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000, referentes a los lapsos de alternación y su frecuencia.

En virtud de lo expuesto, para el Ministerio Público, el nombramiento en provisionalidad se encuentra legalmente autorizado en desarrollo del principio de especialidad. Esto es, el nombramiento del señor Posada se realizó en virtud de las circunstancias y los hechos que hacían necesaria la designación de un Ministro Plenipotenciario que reuniera los respectivos requisitos, ya que no se contaba con un funcionario de Carrera Diplomática y Consular en disponibilidad de ser designado, porque se encontraban en periodo de alternación.

### 1.8. Fallo de primera instancia<sup>12</sup>

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", mediante sentencia del 13 de agosto de 2015, declaró la nulidad del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 *"Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores"*.

Señaló que, de las pruebas obrantes en el plenario, pudo colegirse que algunos de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, para la fecha del nombramiento que se cuestiona, estaban alternando su servicio en el exterior pero en cargos de inferior categoría y, precisamente, en este hecho consideró que reposa la ilegalidad del acto demandado, pues el señor Alejandro Posada Baena, estaba ocupando en provisionalidad el empleo de Ministro Plenipotenciario, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, pese a que había un número suficiente de funcionarios disponibles para ser nombrados en dicho cargo.

Advirtió que de acuerdo con la sentencia C-808 de 2001, solo es constitucionalmente admisible que se nombre a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular en un cargo de inferior categoría en los eventos en los que no haya disponibilidad de funcionarios en el escalafón para el empleo correspondiente; pero adujo que en casos como el presente, en el que hay suficientes funcionarios en el rango de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, no resulta aceptable que quienes en virtud de sus méritos tienen dicha categoría, se encuentren desempeñando empleos inferiores.

Refirió que en otro caso similar, el Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente No. 2013-00227<sup>13</sup>, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, aduciendo que no se había allegado el listado de los funcionarios que pertenecen a la

<sup>10</sup> Ver folios 204 a 211.

<sup>11</sup> Ver folios 191 a 203.

<sup>12</sup> Ver folios 222 a 235.

<sup>13</sup> C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón, y no se establecieron los periodos de alternación de los funcionarios, cuyo dato es imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes.

Sin embargo, el Tribunal considera que en estos casos no es necesario que se aporten como medio de prueba "*los periodos de alternación de los funcionarios*" puesto que dicha situación no tiene incidencia en esta clase de procesos, ya que (i) los funcionarios que se encuentran en el rango respectivo pero en un empleo inferior, ya cumplieron los periodos de alternación de los funcionarios, pues de otro modo, no habrían obtenido el ascenso correspondiente; y (ii) los empleados de la Carrera Diplomática y Consular, como regla general, siempre van a permanecer en "periodos de alternación" toda vez que estos, como lo define el 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, es decir, que, por regla general, permanecerán en una u otra situación.

Además, expuso, tampoco comparte lo señalado por esta Corporación en el fallo al que se viene haciendo referencia, en cuanto a que no era posible nombrar a un funcionario de carrera por no existir disponibilidad, por estar cumpliendo el periodo de alternación, pues estos funcionarios, por regla general, deberán encontrarse alternando su servicio en la planta interna o externa, la mayor parte de su servicio al país.

De otro lado, señaló que en el caso concreto no es aceptable el argumento según el cual los funcionarios llamados a proveer dicha vacante no están disponibles, por cuanto ya habían culminado la alternación que para ese entonces les era exigible, esto es, la del rango inmediatamente inferior, pues de otro modo no hubiesen sido ascendidos.

Finalmente, recordó que en otra oportunidad<sup>14</sup> se pronunció en el mismo sentido y declaró la nulidad del respectivo acto de nombramiento con fundamento en consideraciones análogas a las expuestas.

### 1.9. Recurso de apelación<sup>15</sup>

El **Ministerio de Relaciones Exteriores** apeló dentro del término legal la providencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

Señaló que el juez de primera instancia realizó una interpretación limitada del contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, y del artículo 36 *Ibidem* y siguientes, asumiendo que el principio de alternación es un requisito para el ascenso, lo cual es erróneo, pues los requisitos para el ascenso en el escalafón se encuentran consagrados de manera taxativa en el artículo 26 de este decreto, dentro de los cuales no se encuentra el de la alternación, sino que esta figura tiene una finalidad propia ligada al campo funcional del servidor público.

En este orden, como no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como se estableció con la certificación emitida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y la declaración juramentada de la señora Ministra de Relaciones Exteriores, explicó el apelante que la Administración acudió a la figura de la provisionalidad, para efectuar el nombramiento que se demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Por esa razón, aduce el Ministerio de Relaciones Exteriores, el nombramiento demandado se expidió con observancia de las normas legales y constitucionales, y no se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 275 del CPACA, ni hubo falsa motivación, desviación de poder, o falta de competencia. Manifestó que tampoco hubo vulneración a la Constitución Política, o de las normas que rigen la Carrera Diplomática y Consular. En ese sentido, el apelante sostiene que el nombramiento objeto de censura se ajustó a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Quinta, y en las decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, y que se respetaron los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, en particular, de quienes se encontraban en la categoría de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero.

Así mismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores señaló en el recurso de apelación que los funcionarios que para la fecha en la que fue expedido el decreto demandado se encontraban inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario, pero desempeñando cargos inferiores a su escalafón, se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en el país o en el servicio exterior, en cada una de las direcciones de destino donde fueron trasladados o comisionados, atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Adicionalmente, afirma el apelante que el señor Alejandro Posada Baena cumplía los requisitos establecidos en la ley para ser nombrado en propiedad en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, a saber: (i) la acreditación de título universitario oficialmente reconocido y la experiencia correspondiente al cargo, que en el caso de un Ministro Plenipotenciario corresponde a ocho años de experiencia, debiendo hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de la Naciones Unidas, requisito que puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino, que en este caso corresponde al inglés; y, (ii) la imposibilidad de designar a un servidor público de Carrera Diplomática y Consular en el cargo objeto de provisión. En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

<sup>14</sup> Expediente No. 25000-23-041000-2013-00228-00

<sup>15</sup> Ver folios 242 a 256.

### 1.10. Admisión del recurso de apelación<sup>16</sup>

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo de primera instancia fue admitido mediante auto de 28 de septiembre de 2015, en el cual se ordenó poner el escrito de apelación a disposición de la parte demandada y de la entidad que expidió el acto por un término de tres días, para presentar sus alegatos de conclusión, y entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto dentro de los cinco días siguientes.

### 1.11. Alegatos en segunda instancia

#### 1.11.1. Parte demandante<sup>17</sup>

El señor Enrique Antonio Celis Durán reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y sostuvo que las consideraciones que puso de presente el Ministerio de Relaciones Exteriores en el recurso de apelación no son de recibo. Entre otras, por las siguientes razones:

Señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al abordar el problema jurídico del proceso de la referencia, tomó en consideración que la naturaleza de la provisionalidad es excepcional, esto es, que deben observarse los principios del mérito y de la especialidad, por cuanto el servicio exterior, mediante el cual se representan los intereses del Estado y la asistencia y defensa de los derechos de los nacionales colombianos en el exterior, debe prestarse a través del personal idóneo que se conforma mediante la formación permanente del mismo y que tiene alta preparación académica sumada a su experiencia, las evaluaciones que debe superar y las rigurosidad exigida para el sistema de ascensos.

De conformidad con los principios de los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 53, 83, 84 y 209 de la Constitución, la Administración no puede mantener en condiciones indignas y de inferioridad a los funcionarios de carrera, en este caso, a quienes por mérito han obtenido en el escalafón el de Ministro Plenipotenciario.

La alternación no tiene incidencia alguna para la aplicación del artículo 60 porque la planta de personal del Ministerio es única y global. Afirmó que no se necesita si quiera que acontezca la hipótesis contenida en el parágrafo del artículo 37 que permite que un funcionario de carrera que hubiese cumplido más de 1 año en servicio exterior pueda ser designado en un cargo vacante que corresponde a su propio rango.

En relación con lo anterior, insistió en que se encuentra comprobado que existían funcionarios de carrera con la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón y que a la fecha de producirse el nombramiento en provisionalidad del señor Posada Baena estaban ocupando cargos inferiores a su rango y, por tanto, debieron ser llamados a proveer dicha vacante.

<sup>16</sup> Ver folios 261 a 262.

<sup>17</sup> Ver folios 270 a 279.

### 1.11.2. Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>18</sup>

El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante apoderado judicial, reiteró que el juez de instancia interpretó de manera limitada el contenido del artículo 60 y 36 y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000 "*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*", debido a que los requisitos de ascenso se encuentran regulados de manera taxativa en el artículo 26 de esta misma normativa. En esta medida, sostuvo, es claro que la institución de la alternación no es un requisito para el ascenso sino que tiene una finalidad propia, ligada al campo funcional del servidor público inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular.

De acuerdo con los artículos 1, 12, 39 (parágrafo 2), 53 y 56 y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000, los servidores públicos inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, a fin de cumplir con los lapsos de alternación y, por tanto, de prestación de servicio en el país y en el servicio exterior, pueden ser nombrados en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o en un cargo superior o inferior en el mismo, sin que exista ningún derecho consolidado en dicho estatuto a favor de que el personal de carrera sea nombrado en un cargo superior a su escalafón sin que hubiese cumplido los requisitos para el efecto.

En todo caso, advirtió, cuando el funcionario se encuentra en periodo de alternación, debe cumplir a cabalidad con estos lapsos, en los términos del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Ahora bien, explicó que como no era posible designar a ningún funcionario de carrera en el cargo de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón, de acuerdo con la certificación emitida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y la declaración juramentada de la señora Ministra de Relaciones Exteriores, se acudió a la figura de la provisionalidad para proveer dicha vacante.

Por lo anterior, indicó que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, debido a que, para la fecha de su expedición, no era posible designar a servidores públicos de Carrera Diplomática y Consular en el cargo. Esta postura, a su parecer, se encuentra conforme con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en consonancia con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, con el desarrollo propio del derecho administrativo y del derecho electoral.

En definitiva, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, pues dicho nombramiento se encuentra ajustado a derecho y, por ello, no existe ninguna violación de normas de rango constitucional o legal ni es contrario a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado ni a las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que han resuelto en casos similares que este tipo de nombramientos se ajusta a la ley.

<sup>18</sup> Ver folios 280 a 289.

### 1.12. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia<sup>19</sup>

El Procurador Séptimo Delegado ante la Sección Quinta del Consejo de Estado solicitó la revocatoria de la sentencia del 13 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se denieguen porque no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado.

Afirmó que la necesidad del servicio justifica la existencia de un régimen de excepción al principio general de la Carrera Diplomática y Consular. Este se encuentra consagrado en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, en el cual se establece la figura jurídica de la provisionalidad como una forma excepcional de provisión de los cargos pertenecientes a dicha carrera con fundamento en la cual se pueden designar personas ajenas a la misma.

Lo anterior, a condición de que se cumplan las reglas señaladas en el artículo 61 de dicha normativa, lo cual constituye prueba de que el acto se expidió de conformidad con el ordenamiento jurídico y a la luz de los principios orientadores de la función pública en el servicio exterior.

Por consiguiente, expuso, ante un evento de necesidad del servicio para proveer un cargo de Carrera Diplomática y Consular, si se nombra una persona que no pertenece al sistema de carrera especial, dicho nombramiento es válido siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en esta normativa "*cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...*"<sup>20</sup>. Además, citó jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se señala que puede acudirse al nombramiento en provisionalidad no solo porque en la categoría no existe personal escalafonado sino porque, aún existiendo, no se presenta disponibilidad por estar en curso el periodo de alternación del funcionario.

En el caso concreto, adujo, se encuentra acreditado el primer elemento, esto es, que se encuentran funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Ministro Plenipotenciario desempeñando un cargo de inferior jerarquía, tal y como se desprende de las pruebas allegadas al plenario.

Sin embargo, lo mismo no puede predicarse frente al segundo elemento, es decir, la obligación de nombrar a un funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, porque se encuentra acreditado que con anterioridad a la fecha del acto de nombramiento demandado, todos se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación legal, es decir que no se encontraban disponibles. Por esta razón, no era posible nombrar en la vacante de Ministro Plenipotenciario a ninguno de ellos.

<sup>19</sup> Ver folios 291 a 297.

<sup>20</sup> Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sostiene que el juez de primera instancia al acceder a las pretensiones de la demanda, confundió los requisitos para el ascenso en los cargos de Carrera Diplomática y Consular con la figura de la alternación, que se impone como un requisito de obligatoria observancia para los funcionarios que integran dicho sistema, quienes además de cumplir con los requisitos del cargo deben encontrarse disponibles para dicho nombramiento, es decir, no encontrarse en periodo de alternación.

Por tanto, consideró, que el *a-quo* desbordó lo probado dentro del plenario y, contrario a lo afirmado por este Tribunal, recordó que existe una declaración juramentada hecha por la Ministra de Relaciones Exteriores, así como lo señalado en el memorando del 2 de marzo de 2015, expedido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y lo consagrado en los decretos de nombramiento, mediante los cuales puede confirmarse, que si bien es cierto, existían funcionarios que se encontraban inscritos en el escalafón como Ministros Plenipotenciarios, los mismos se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación. En consecuencia, solicitó la revocatoria del fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo del 13 de agosto de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", está fijada por lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA, el numeral 9 del artículo 152 de la misma normativa y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

### 2.2. Problema jurídico

En el presente caso el señor Enrique Antonio Celis Durán controvierte la legalidad del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 por medio del cual se designó provisionalmente al señor Alejandro Posada Baena como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

A juicio del accionante el decreto enjuiciado se encuentra viciado de nulidad porque:

(i) en este caso se hizo un uso indebido de la categoría de la provisionalidad, teniendo en cuenta que para la fecha en la que se produjo la designación como Ministro Plenipotenciario del señor Posada Baena, existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón equivalente a dicho cargo, quienes se encontraban desempeñando cargos de inferior jerarquía y dignidad;

(ii) la comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía –como en el caso del Ministro Plenipotenciario–, finaliza cuando se da la vacante del cargo equivalente; (iii) no se puede desconocer la preparación académica y la experiencia exigida a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular que tiene el rango de Ministro Plenipotenciario, luego de 20 años de formación, máxime cuando según el demandante, la persona designada en el cargo de Ministro Plenipotenciario en provisionalidad no acreditó el dominio del idioma inglés o japonés, tal y como se lo exigen a los miembros que aspiran ingresar a la Carrera Diplomática y Consular; y (iv) en el *sub lite*, contrario a lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, no existen razones del servicio ni motivos serios para nombrar a una persona que no pertenece al sistema de Carrera Diplomática y Consular, en virtud del óptimo ejercicio de la función del servicio exterior.

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue delimitada en los siguientes términos por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A": "(...) determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015 'Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores', como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, del señor Alejandro Posada Baena por infracción a las normas relacionadas con el régimen de carrera diplomática y consular, ante la existencia de funcionarios de carrera que debían ser nombrados en el cargo designado al demandado (...)"<sup>21</sup>, el cual fue compartido por las partes dentro del presente proceso.

Ahora bien, en la sustentación del recurso de apelación objeto de estudio el Ministerio de Relaciones Exteriores cuestionó el fallo del Tribunal porque se realizó una interpretación indebida de las disposiciones del Decreto Ley 274 de 2000 respecto de la aplicación del principio de alternación, al considerar que este es un requisito para el ascenso en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, cuando realmente se trata de un principio de dicho régimen ligado al campo funcional del servidor público, cuyo cumplimiento restringe la disponibilidad de los funcionarios inscritos para ser nombrados en cargos correspondientes a la categoría de su escalafón, o en un cargo superior o inferior en el mismo. Por tal razón, concluye el recurrente que en el presente caso, al momento de la expedición del acto acusado, no era posible designar a funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, porque los funcionarios inscritos que podían ocupar dicho cargo estaban cumpliendo los lapsos de alternación.

En consonancia con lo expuesto, le corresponde a esta Sección estudiar si en el presente caso: como lo sostiene el recurrente, era posible realizar el nombramiento en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena debido a que, al momento

de la expedición del acto cuestionado, los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular no estaban en disponibilidad porque se encontraban cumpliendo los períodos de alternación. Para tal fin se debe determinar si la existencia de funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que, al momento de la expedición del acto demandado, se encontraban cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango, es motivo suficiente para anular el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, como lo sostuvo el Tribunal.

Para resolver la anterior cuestión la Sala abordará las siguientes cuestiones:

- (i) el régimen de la Carrera Diplomática y Consular;
- (ii) la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular, y
- (iii) el análisis del caso concreto.

### 2.3. El régimen de la Carrera Diplomática y Consular

De acuerdo con la Constitución Política, el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos debe regirse por las normas que regulan la carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley<sup>22</sup>.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto Ley 274 de 2000, por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

Según esta normatividad la Carrera Diplomática y Consular es la forma especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, teniendo en cuenta el mérito.<sup>23</sup> Entre otros aspectos, el Decreto Ley 274 de 2000 regula de manera rigurosa el ingreso y ascenso en dicho régimen de carrera, atendiendo a criterios de tiempo de servicio, aprobación de exámenes de idoneidad, calificaciones satisfactorias, cursos de capacitación, etc.

En el artículo 10 *Ibidem* se señalan las diferentes categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, a saber: a) Embajador, b) **Ministro Plenipotenciario**, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, f) Segundo Secretario y g) Tercer Secretario.

<sup>22</sup> "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)"

<sup>23</sup> Artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000.

<sup>21</sup> Folio 138.

Entre las distintas materias reguladas por el Decreto Ley 274 de 2000 considera la Sala pertinente analizar con profundidad las figuras de la alternación y de la designación en provisionalidad, por guardar relación con el objeto del presente caso.

### 2.3.1. La alternación

La alternación ha sido definida por esta Sección 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".<sup>24</sup>

Debido a su relevancia para la resolución del caso concreto, a continuación se transcriben las principales disposiciones del referido Estatuto que regulan la alternación:

*"Artículo 12. Equivalencias entre las categorías en el escalafón de Carrera Diplomática y cargos en planta interna. Para los efectos relacionados con la alternación a que se refieren los artículos 35 a 40 de este estatuto, los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción, no perderán tal naturaleza cuando, por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular*

(...)

*Parágrafo. Por virtud de los principios de eficiencia y especialidad y en desarrollo de la alternación prevista en los artículos 35 a 40 de este Decreto, es deber de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular desempeñar los cargos en Planta Interna, para los cuales fueren designados.*

*Los funcionarios escalafonados en la Categoría de Embajador únicamente podrán ser designados en Planta Interna en el cargo equivalente a su categoría o en los equivalentes a la categoría del escalafón inmediatamente inferior.*

*Para los efectos de la remuneración del funcionario se mantendrá el nivel de asignación que le correspondiere en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría de Embajador, en cuyo caso se tomará la asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General". (Negrillas fuera de texto)*

*"Artículo 35. Naturaleza. 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". (Negrillas fuera de texto)*

*"Artículo 36. Lapsos de alternación. Constituyen lapsos de alternación los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna". (Negrillas fuera de texto)*

*"Artículo 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. Exceptuándose 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 incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

*Parágrafo. 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).*

*"Artículo 38. Obligatoriedad. Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera*

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

***Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el párrafo del artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rebusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho párrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.***

*Parágrafo. Igual efecto se producirá cuando la renuncia ocurriere respecto de la designación en el exterior o respecto de un destino específico o en relación con el cumplimiento de una comisión para situaciones especiales". (Negrillas fuera de texto).*

"Artículo 39. Aplicación. La alternación se aplicará de la siguiente forma:

***a. La Dirección del Talento Humano o la dependencia que en cualquier tiempo hiciere sus veces, mantendrá un registro de los lapsos de alternación de cada funcionario.***

***b. Cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, coordinará las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.***

***c.*** Los desplazamientos para los Funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que sean resultado de la alternación, se harán efectivos en los siguientes meses:

- 1) Durante el mes de julio, los causados durante los meses de enero a Junio anteriores a dicho mes de julio.
- 2) Durante el mes de enero, los causados durante los meses de julio a Diciembre anteriores a dicho mes de enero.

Parágrafo primero. Para los efectos relacionados con lo previsto en este artículo, el Decreto o los Decretos respectivos deberán ser expedidos y comunicados durante el mes de mayo para los desplazamientos que se produzcan en el mes de julio y, durante el mes de Noviembre cuando el desplazamiento se realizare en el mes de enero. En todo caso, a partir de la comunicación del decreto respectivo, el funcionario tendrá derecho a dos meses de plazo para iniciar sus labores en el nuevo destino, además de los 5 días de permiso remunerado necesarios para el desplazamiento.

El término de dos meses a que hace referencia este párrafo podrá ser prorrogado mediante resolución suscrita por el Secretario General, a solicitud del interesado y previo acuerdo con el funcionario a reemplazar en Planta Externa, cuando a ello hubiere lugar.

*Parágrafo segundo. Cuando para aplicar la alternación se designare el funcionario en un cargo correspondiente a la categoría en la cual estuviere escalafonado o su equivalente en planta interna, se realizará un traslado. En los demás casos la designación tendrá lugar mediante comisión para situaciones especiales". (Negrillas fuera de texto).*

***"Artículo 40. Excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación. Constituyen excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación contenidos en los literales a) y b) del artículo 37 de este Estatuto, además de las previstas en el literal d. del mismo artículo 37 y en el artículo 91 de este Decreto, todas aquellas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas, que sean calificadas como tales por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.***

*Igualmente, en el caso del lapso de alternación previsto en el literal b. de dicho artículo 37, también constituirán excepciones aquellas circunstancias de especial naturaleza calificadas como tales por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.*

*Lo anterior, sin perjuicio de lo que en materia de disponibilidad, comisiones o retiro establece el presente estatuto". (Negrillas fuera de texto).*

De acuerdo con las citadas disposiciones, los funcionarios que ejercen cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular deben cumplir los lapsos de alternación, tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad. Cabe destacar que el párrafo del artículo 37 de este Estatuto, establece que quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales.

Dicha normativa impone la obligación a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuncia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el párrafo del artículo 38.

El Decreto Ley 274 de 2000 se ocupa, así mismo, de definir la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y las situaciones administrativas que de ella se deriven.

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, categoría que "(...) *determina la especial estructura y la naturaleza de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores (...)*"<sup>25</sup>.

Es decir, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y 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, esto es, que se haya terminado su periodo en la planta interna o externa para poder ser nombrado.

### 2.3.2. La designación en provisionalidad

El Decreto Ley 274 de 2000 consagra la designación en provisionalidad como una forma de vinculación excepcional a los cargos de la Carrera Diplomática y Consular originada en el principio de especialidad. Mediante esta figura la Administración puede temporalmente llenar un empleo vacante con personas que no se encuentran inscritas en ella, por fuera de los parámetros del mérito de la carrera administrativa, para solventar temporalmente circunstancias de emergencia del servicio.

Sobre la designación en provisionalidad ordenan los artículos 60 y 61 *Ibidem*:

*"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". (Negritas fuera de texto)*

"Artículo 61. Condiciones básicas. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

**a) Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes requisitos:**

1. Ser nacional colombiano
2. Poseer título universitario oficialmente reconocido,

expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.

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.

b) El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.

c) En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el artículo 62 y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los artículos 63 a 68 de este Estatuto.

d) Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

*Parágrafo. Las condiciones básicas contenidas en este artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera". (Negritas fuera de texto).*

A su turno, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", consagra de manera específica una de estas excepciones para ocupar empleos públicos al margen de la situación de carrera administrativa, así:

*"Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".*

En relación con la figura de la designación en provisionalidad, al declarar la constitucionalidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, sostuvo la Corte Constitucional que "(...) *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*

<sup>25</sup> *Ibidem*.

*tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en periodo de prueba o en propiedad*<sup>26</sup>.

Como se observa, la designación en provisionalidad en la Carrera Diplomática y Consular es una figura que permite el nombramiento en cargos de carrera, de forma provisional, a personas que no se encuentran inscritas en la misma, en casos excepcionales.

#### 2.4. La línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular

Acerca de la designación en provisionalidad que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores para proveer vacantes que tienen la categoría de cargos de Carrera Diplomática y Consular, la Sección Quinta se ha pronunciado en diversas oportunidades, así:

Mediante sentencia proferida el 3 de junio de 2010<sup>27</sup> la Sala analizó si la designación en provisionalidad, en el cargo de cónsul general de Colombia en Chicago, Estados Unidos de América, se había realizado a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, específicamente, si (i) se violó el principio de especialidad, en virtud de que los nombramientos en provisionalidad solo proceden cuando no se cuenta con funcionarios de carrera para proveer el cargo; (ii) se violó el deber de motivar el acto administrativo, y (iii) la demandada fue nombrada sin cumplir los requisitos para ejercer el cargo. En este respecto señaló:

*“Luego de examinar las distintas pruebas que componen el plenario, advierte la Sala que ninguna fue aportada por la parte demandante para demostrar que en la Carrera Diplomática y Consular existían funcionarios aptos para ocupar el cargo de Cónsul General de Colombia en Chicago – EE.UU., para lo cual no bastaba con suministrar un listado de funcionarios allí inscritos, sino que igualmente estuvieran legalmente disponibles según la alternación prevista en los artículo 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, ya que el personal al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores está obligado a laborar “con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna” (art. 35)...”<sup>28</sup>.*

En sentencia del 30 de enero de 2014<sup>29</sup> la Sección se pronunció sobre el acto de nombramiento en el cargo de

Ministro Plenipotenciario de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, de una persona ajena a la carrera diplomática, a pesar que, según dicho del actor, existía personal perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular que cumplía con los requisitos para ocupar tal cargo. En esta oportunidad, la Sala, confirmó la decisión de primera instancia que no accedió a las pretensiones del demandante, aduciendo que:

*“(…) No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento de la doctora Alejandra Valencia Gartner, en primer lugar, porque los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados precisamente en desarrollo del mencionado principio para atender situaciones de urgencia y llevar al servicio personas versadas en las funciones del cargo, pero sí se encuentra acreditado que se proveyó el cargo en provisionalidad en fecha en que no se contaba con funcionario de carrera en disponibilidad de ser designado (...)”<sup>30</sup>.*

En el fallo del 16 de octubre de 2014<sup>31</sup> se estudió la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad del decreto por el cual se nombró con carácter provisional a una persona como Ministro Plenipotenciario en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Países Bajos. En este caso la Sala concluyó que:

*“Los mencionados funcionarios si bien estaban escalafonados dentro de la carrera diplomática y consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrado el ahora demandado, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en periodo de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad del Decreto 2638 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 al funcionario en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que bayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante (...)”*

*No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento del doctor Alvaro Gutiérrez Botero, en primer lugar, porque los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados precisamente en desarrollo del mencionado principio para atender situaciones de urgencia y llevar al servicio personas versadas en las funciones del cargo, por el contrario, sí se encuentra acreditado que se proveyó el cargo en provisionalidad en fecha en que no se contaba con funcionario de carrera en disponibilidad de ser designado”<sup>32</sup>.*

26 Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2001. M. P.: doctor Jaime Córdoba Triviño.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2009-00043-00. Sentencia de 3 de junio de 2010. C. P.: doctora María Nohemí Hernández Pinzón

28 Ibidem.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

30 Ibidem.

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-41-000-2014-00013-01. Sentencia de 16 de octubre de 2014. C. P. (e): Alberto Yepes Barreiro.

32 Ibidem.

Y de manera más reciente<sup>33</sup> la Sala confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el cual se denegaron las pretensiones dirigidas a obtener la nulidad de la designación en provisionalidad del Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos por considerar que el demandante no demostró la disponibilidad de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que estaban cumpliendo el período de alternación en el exterior llevaran más de doce meses en la sede respectiva para que pudieran ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario. Lo anterior debido a que en el expediente no reposaban las copias de las actas de posesión de los funcionarios que estaban cumpliendo su período de alternación en el exterior, lo que impedía contabilizar el término previsto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 para que pudieran ser designados, excepcionalmente, en otro cargo en el exterior.

En este caso manifestó la Sección:

*(...) [C]orresponde 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 posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione 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. (...)*

*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.*

*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 esta aporte la prueba requerida –carga dinámica de la prueba–.*

*Sin embargo, el mismo precepto aclara que se (sic) 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 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"<sup>34</sup>.*

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 250002341000201500541 01. Sentencia de 5 de noviembre de 2015. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

34 Ibidem.

Por otro lado, además de los anteriores pronunciamientos surgidos con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad electoral, existen otros casos que le correspondió asumir a esta Sección en sede de tutela. Estos son:

Mediante sentencia del 8 de octubre de 2014<sup>35</sup> la Sala asumió el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", invocando la protección de su derecho a la igualdad. Lo anterior, debido a que dicha autoridad judicial declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual designó provisionalmente al señor Germán Castañeda Benavides en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, de la planta global del Ministerio, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.

En este evento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", concluyó que por lo menos uno de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular, que se encontraba prestando su servicio en el exterior en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, podía ser designado en el cargo vacante de Consejero porque, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000, al haber superado el término de 12 meses podía ser designado en otro cargo en el exterior. Por tanto, podía culminar su periodo de alternación en el cargo que le correspondía, de acuerdo a su categoría. La Sala negó el amparo invocado con base en los siguientes argumentos:

*"(...) en lo que respecta al primer cargo "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 este por estar en curso el periodo de alternación.*

*No obstante, se apartó de la decisión, toda vez que si bien era un caso similar, al analizar el caso concreto determinó que no había lugar al nombramiento en provisionalidad como pasó en dicho asunto, porque de las pruebas se podía concluir que sí había personal de carrera disponible para ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1012,*

Grado 11 adscrito a la Embajada de Colombia en la República Bolivariana de Venezuela (...)

*En cuanto al defecto fáctico, se advierte que la autoridad judicial tutelada en la providencia objeto de controversia realizó un estudio juicioso de los documentos allegados al expediente, en especial de los Decretos Nos. 1435 de 3 de julio de 2012 y 2426 de 27 de noviembre de la misma anualidad, a través de los cuales se comisionó a los señores JORGE ALFREDO DIAZ BRAVO y GUSTAVO MAKANAKY CÓRDOBA, funcionarios inscritos en carrera Diplomática y Consular en el cargo de Consejeros de las Embajadas de Colombia ante los gobiernos de Ecuador e India, respectivamente, que le permitió concluir que en dicho asunto no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.*

*Abora bien, revisado el expediente de nulidad electoral evidenció la Sala que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al contestar la demanda allegó los actos administrativos de nombramiento en diferentes sedes diplomáticas del personal inscrito en carrera en el grado de Consejero, y que en la audiencia inicial se le requirió para que remitiera una relación de la historia laboral y académica de estos funcionarios, la cual allegó en el término establecido para ello, pero nunca envió las actas de posesión de estos.*

*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.*

*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 Decreto No. 1972 de 11 de septiembre de 2013".<sup>36</sup>*

En sentencia del 12 de marzo de 2015<sup>37</sup> la Sección Quinta asumió el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por el Ministerio de Relaciones Exteriores por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso (desconocimiento del precedente jurisprudencial), a la igualdad, a la defensa y a la seguridad jurídica. Para el efecto expuso que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", declaró la nulidad del decreto mediante el cual se designó con carácter provisional

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-01864-00. Sentencia de 8 de octubre de 2014. C. P. (e): doctor Alberto Yepes Barreiro.

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-02418-01. Sentencia de 12 de marzo de 2015. C. P.: doctor Alberto Yepes Barreiro.

al Consejero de Relaciones Exteriores, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América.

En esta oportunidad, la Sala confirmó el fallo de tutela de primera instancia que negó el amparo invocado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, advirtiendo que el Tribunal accionado no había incurrido en desconocimiento del derecho al debido proceso, ya que la interpretación otorgada al párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 es razonable y se enmarca en el principio de la autonomía judicial, y aclaró que aunque se trata de un caso similar al analizado en otra oportunidad por la Sección Quinta, no es idéntico, así:

*"(...) 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 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 periodo 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 periodo de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera".<sup>38</sup> (Subraya fuera de texto).*

Finalmente, en fallo de 23 de abril de 2015,<sup>39</sup> la Sala confirmó el fallo que decidió denegar la acción de tutela instaurada por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad, presuntamente ocasionada por la sentencia de única instancia que declaró la nulidad de la designación en provisionalidad de una persona en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores,

Código 2114, Grado 15 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Madrid – España.

La decisión de confirmar el fallo que negó las pretensiones de la referida acción de tutela se fundó en la consideración que en dicho caso sí se logró demostrar en el proceso que los funcionarios de la carrera diplomática se encontraban en disponibilidad por haber cumplido el período de doce meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Al respecto señaló la Sección:

*"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 párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 (...)*

*En esta línea lógica, el anterior cargo no está 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.*

*De no ser así, se desconocería el principio de autonomía judicial y la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo residual y de procedencia excepcional cuando se intenta contra providencias judiciales, para convertirse en instancia adicional de control frente a las decisiones tomadas por los jueces"<sup>40</sup>.*

De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de Carrera Diplomática y Consular:

- (i) La designación en provisionalidad de funcionarios en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, se ajusta a la ley cuando se demuestre: (a) el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 61 *Ibidem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo cargo.
- (ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-02734-01. Sentencia de 23 de abril de 2015. C. P.: doctor Alberto Yepes Barreiro.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

alternación; o, (b) cuando estos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

(iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.

## 2.5. Caso concreto

El demandante sostuvo que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por desconocer el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 o Estatuto especial de la Carrera Diplomática y Consular, ya que la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena solo era posible en caso de que no existiera personal perteneciente a esta carrera para proveer la vacante de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón.

En este sentido, afirmó que, a la fecha en que se produjo la aludida designación, existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón equivalente al cargo objeto de esta demanda, quienes desempeñaban empleos de inferior jerarquía. Agregado a lo anterior, también manifestó que para esa misma fecha, existían funcionarios de carrera que ocupaban cargos de inferior rango y dignidad al que les correspondía en su categoría a los Ministros Consejeros, que debieron ser tenidos en cuenta para ser comisionados en un cargo superior como el de Ministro Plenipotenciario por la especialidad de las funciones y el buen servicio.

El *a-quo* concluyó en la sentencia de primera instancia que el acto demandado debía ser anulado porque constituye un motivo suficiente para anular la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón el hecho de que, a la fecha de la expedición del acto, algunos funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario se encontraran cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango.

Así mismo, consideró el *a-quo* que en esta clase de procesos “(...) no era necesario que se aportaran como medio de prueba <<los períodos de alternación de los funcionarios>>” puesto que dicha situación no tiene incidencia en esta clase de casos en la medida en que: (i) los funcionarios que se encuentran en el rango respectivo pero en un empleo inferior

*ya cumplieron los períodos de alternación, pues de otro modo no habrían obtenido el ascenso correspondiente; y (ii) los empleados de la Carrera Diplomática y Consular, como regla general, siempre van permanecer en <<períodos de alternación>> (...),”*

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, expuso que el Tribunal desnaturalizó la figura de la alternación por considerarla como un requisito para el ascenso en la Carrera Diplomática y Consular, y no como una figura autónoma y especial; y solicitó su revocatoria debido a que en el presente caso está demostrado que, al momento en el cual fue expedido el acto demandado, no había disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón por la cual la designación provisional del señor Alejandro Posada Baena fue realizada de conformidad con las reglas contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

Para iniciar, la Sala evidencia que la naturaleza jurídica del cargo de Ministro Plenipotenciario en el cual fue designado el demandado, está clasificado como un cargo de Carrera Diplomática y Consular, pues de acuerdo con la definición consagrada en el artículo 5 del Decreto Ley 274 de 2000, pertenecen a estos cargos los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, salvo los de libre nombramiento y remoción y los de apoyo en el exterior. En concreto, el artículo 10, literal b, *Ibidem*, contempla como una de las categorías en la carrera diplomática y consular la de Ministro Plenipotenciario, cargo superior al de Tercer Secretario. Por tanto, no hay lugar a dudas de que este cargo, en el que fue designado el demandado Alejandro Posada Baena, es de Carrera Diplomática y Consular.

En ese orden de ideas, dicho cargo debe proveerse con funcionarios pertenecientes a dicha carrera. No obstante, de manera excepcional, en virtud del principio de especialidad pueden designarse a personas que no pertenecen 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 (...)”<sup>41</sup>.

Bajo esta línea argumentativa, el nombramiento en provisionalidad se encuentra autorizado en virtud del principio de especialidad, siempre y cuando se encuentre acreditado que no existen funcionarios de Carrera Diplomática y Consular disponibles para ser designados en la vacante a proveer.

De otro lado, de acuerdo con lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, huelga manifestar que, en efecto, el señor Posada Baena no se encuentra inscrito en la Carrera Diplomática y Consular.

A la luz de lo expuesto, esto es, que el cargo de Ministro Plenipotenciario está adscrito a la categoría de la carrera especial en mención y que la persona designada para proveer

<sup>41</sup> Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

dicha vacante no integra dicho escalafón, la Sección pasa a determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores, al emitir el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, vulneró el principio de especialidad al designar en una categoría del escalafón de Carrera Diplomática y Consular a una persona ajena a la misma, por existir, tal y como lo sostiene el demandante, funcionarios que tienen el rango equivalente al de Ministro Plenipotenciario, con quienes puede proveerse dicha vacante o, en su defecto, Ministros Consejeros que se encuentran desempeñando un cargo inferior a su categoría y que podrían ser comisionados para desempeñar un cargo superior.

Para tal fin, por ser el objeto de la censura formulada en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo de primera instancia, la Sección se ocupará especialmente de definir si, al momento de la expedición del acto demandado, había o no disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

En este punto, esta Corporación evidencia que el demandante no acreditó que en la Carrera Diplomática y Consular existieran funcionarios con el rango de Ministro Plenipotenciario para ser designados en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, pues tan solo se limitó a afirmar que 3 de los funcionarios tenían dicha calidad y que en el cargo de Ministro Consejero se encontraban otras personas de carrera que, en su defecto, hubiesen podido ser nombradas a través de la figura de la comisión por encargo especial, la cual, según manifestó, es utilizada generalmente, tan solo para comisionar en cargos de inferior jerarquía.

Cabe recordar que, de acuerdo con la línea jurisprudencial descrita anteriormente, se ha establecido que para demostrar la ilegalidad del acto de designación provisional en un cargo de Carrera Diplomática y Consular no basta con suministrar el listado de los funcionarios inscritos en el régimen de carrera e indicar la categoría en el escalafón y el cargo que desempeñan<sup>42</sup>, sino que se impone acreditar que los funcionarios llamados a proveer el cargo se encuentran legalmente disponibles.

Sobre este aspecto, es de reiterar que un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular se encuentra disponible para ser designado en un cargo, no solo por ostentar la categoría en la que se requiere el servicio sino que es necesario que no se encuentre cumpliendo con el periodo de alternancia. A lo anterior debe agregarse, que dicha disponibilidad, en el caso de quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede, de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del decreto en mención, pues en este evento, pueden ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior y culminar su periodo de alternancia en el cargo que le corresponde de acuerdo con su categoría.

Para efectos de poder resolver el recurso de apelación

interpuesto por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente está demostrado:

- Que Alejandro Posada Baena fue designado provisionalmente en el cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón mediante el Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.<sup>43</sup>
- Que a la fecha de la expedición del acto demandado había funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario<sup>44</sup> que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón.<sup>45</sup>
- Que los anteriores funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario 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 prestando su servicio en otra entidad pública.<sup>46</sup> Sin embargo, en el expediente no reposan las actas de posesión que permitan contabilizar el término a partir del cual dichos funcionarios iniciaron el cumplimiento del periodo de alternación.
- Que a la fecha de la expedición del acto demandado había funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Consejero<sup>47</sup> que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón.<sup>48</sup>
- En el plenario no reposa certificación de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores en donde conste que a la fecha de expedición del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 no existía disponibilidad de ningún funcionario de carrera para proveer la vacante de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón. En efecto, en el expediente solo reposa una respuesta a una petición elevada por la Embajadora Nancy Benítez Páez, en la cual consta el listado de funcionarios de Carrera Diplomática y Consular actualizado a 26 de febrero de 2015.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Ver copia del decreto demandado en el folio 11.

<sup>44</sup> 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

<sup>45</sup> Ver la declaración rendida por la Ministra de Relaciones Exteriores mediante certificación juramentada en el folio 145 y el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra la sentencia de primera instancia en los folios 249 a 252.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Adriana Rodríguez Castiblanco, Rafael Guillermo Arismendi Jiménez, Alberto Bula Bohórquez, Isaura Duarte Rodríguez, Dora Lucía González Pinilla, Germán Federico Grisales Jiménez, Alonso Lozada de la Cruz, Sandra Lucía Mikán Venegas, Solangel Ortiz Mejía, Edwin Ostos Alfonso, Gustavo Humberto Paredes Rojas, Nohora María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo, Luz Amanda Restrepo Sabogal y Marcela Rodríguez Velandia.

<sup>48</sup> Folio 148.

<sup>49</sup> Folios 13 a 27 y 156 a 162.

<sup>42</sup> Folio 13 y siguientes.

- Sin embargo, la Ministra de Relaciones Exteriores, mediante certificación juramentada, señaló que para la fecha en que se emitió el acto administrativo demandado no había personal disponible porque el periodo de alternación en cada uno de los casos se encontraba en curso<sup>50</sup>.

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global de Alejandro Posada Baena, pues no se logró demostrar que existieran funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles en los términos atrás anotados.

En especial, se destaca la falencia probatoria incurrida por el demandante respecto de la carga de demostrar que los funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que se encontraban cumpliendo el período de alternación en el exterior, al momento de la expedición del acto acusado, habían cumplido el término de 12 meses en la respectiva sede para efectos de poder ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Esta falencia se originó porque en el presente proceso, al igual que en el caso estudiado por esta Corporación en la sentencia de 05 de noviembre de 2015,<sup>51</sup> el demandante no cumplió la carga probatoria que le correspondía de solicitar ni aportar como pruebas las actas de posesión respectivas.

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la Sala considera que no constituye un motivo suficiente para anular el acto demandado el hecho de que, a la fecha de la expedición del acto, algunos funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario se encontraran cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango. Este hecho, por sí solo, no permite concluir si dichos funcionarios habían o no cumplido el período de doce meses previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 para poder ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior.

Así mismo, debe advertirse que el *a-quo* se equivoca al afirmar que en esta clase de procesos no es necesario demostrar el cumplimiento de los periodos de alternación porque los funcionarios que se encuentran en el escalafón respectivo, pero ocupando un empleo inferior, ya tuvieron que haber cumplido el período de alternación para obtener su ascenso.

Como lo manifestó el recurrente, es equivoco concebir la figura de la alternación como un requisito para ascender dentro de la Carrera Diplomática y Consular, cuyo cumplimiento se agota

una vez se logre el respectivo ascenso. Como lo ha advertido esta Corporación, la alternación es una institución que busca mantener en permanente contacto con la realidad nacional a los funcionarios inscritos en este régimen especial que prestan sus servicios en el exterior;<sup>52</sup> razón por la cual no se puede predicar que el período de alternación ha sido cumplido una vez se obtiene el ascenso en un determinado escalafón.

Tampoco es cierto, como lo afirma el Tribunal, que, como regla general, los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular siempre van a permanecer en periodos de alternación, lo cual haría imposible su nombramiento en otros cargos en el exterior.

Si bien puede existir una continuidad entre los períodos de alternación en cargos internos y externos, esta situación no impide que los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior, puedan ser nombrados en otras sedes. Como se ha reiterado a lo largo de la presente providencia, quien esté cumpliendo el período de alternación en el exterior puede ser nombrado en otra sede en el exterior, siempre y cuando haya cumplido el término de doce meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Consecuentemente, debido a que el actor no pudo demostrar que existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que, al momento de la expedición del acto demandado, se encontrarán disponibles para ocupar el cargo en el cual fue designado provisionalmente el señor Alejandro Posada Baena, debe revocarse el fallo proferido por el *a quo*.

## 2.6. Conclusiones y decisión a adoptar

Así las cosas, se tiene la designación en provisionalidad del demandado en el cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón se realizó de conformidad con las disposiciones que regulan la Carrera Diplomática y Consular contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

De manera particular, debe resaltarse que no existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena porque el demandante no pudo demostrar que, al momento de la expedición del acto demandado, existieran funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que cumplieran con el requisito de disponibilidad.

En conclusión, y revisados los argumentos propuestos por ambas partes y tras calificar el mérito probatorio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala concluye que debe revocarse el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal

50 Folio 146.

51 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 250002341000201500541 01. Sentencia de 5 de noviembre de 2015. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

52 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", para que en su lugar se ordene denegar las pretensiones de la acción de nulidad electoral instaurada por el señor Enrique Antonio Celis Durán contra el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global, de Alejandro Posada Baena.

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,

### III. FALLA

**Primero. Revocar** la sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", que declaró la nulidad del Decreto 0114 de 21 de enero de 2015 proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para en su lugar, **negar** las pretensiones de la demanda instaurada por el

señor Enrique Antonio Celis Durán en ejercicio de la acción de nulidad electoral, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo: Devolver** el expediente al Tribunal de origen.

**Tercero: Advertir** que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidenta

**Rocío Araijo Oñate**

Consejero de Estado

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Nulidad por hurto de documentos electorales/ CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL - Pérdida del material electoral por hurto/ REPRESENTANTE DE LOS EGRESADOS ANTE EL CONSEJO SUPERIOR - Se tiene certeza de cuál fue la voluntad de los electores/UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA - Elección del Representante de los Egresados ante el Consejo Superior**

Corresponde a la Sala determinar si la Resolución N° 0683 de febrero de 2015, es nula por el hurto de los documentos electorales. Así pues, lo primero a decantar es si la causal de nulidad, es aplicable al caso concreto, pues en sentido estricto los documentos electorales no fueron destruidos, sino hurtados.

En efecto, en el expediente se encuentra probado tanto por prueba documental, como por prueba testimonial que los documentos electorales de los comicios realizados en el Cread de Yopal el día 3 de diciembre de 2014 fueron hurtados de la oficina del profesor José Weimar González Pulido.

Así las cosas, haciendo un análisis teológico y sistemático de la causal invocada, la Sala encuentra que dentro de la acepción “destruir” también puede incluirse la pérdida del material electoral por hurto, toda vez que, la finalidad de la norma es que pueda declararse la nulidad de la elección cuando el material electoral ha desaparecido, es decir, cuando no haya certeza del resultado obtenido.

Esto es así, porque con dicho motivo de anulación se busca dotar de plena transparencia y validez al proceso electoral. (...). Es evidente que el hurto conlleva a las mismas consecuencias de la destrucción del material electoral, pues es claro que ante su ausencia, no hay forma de dotar al proceso electoral de las garantías de transparencia, ni de garantizar el respeto por la decisión tomada por los electores en la urnas.

Pese a lo anterior, en el caso concreto, dicha causal de nulidad no se materializa, toda vez que, en el proceso de elección del Representante de Egresados ante el Consejo Superior de la UPTC sí se tiene certeza de cuál fue la voluntad de los electores.

La normativa universitaria impone que el mismo día de las elecciones el acta parcial repose en los archivos de la Secretaría General de la UPTC.

La Sala encuentra que las disposiciones en cita se materializaron a cabalidad en el caso concreto, pues en el expediente obra prueba documental y testimonial que acreditan que el acta parcial de escrutinio correspondiente a las elecciones de Representante de Egresados de la UPTC llevadas a cabo en la ciudad de Yopal fueron remitidas por medios electrónicos a la sede central de la universidad el mismo día en el que se celebraron las elecciones.

Como puede observarse la prueba documental allegada da cuenta, sin tachones ni enmendaduras de algún tipo, que el acta de

escrutinio parcial remitida por medios electrónicos contiene con exactitud los resultados obtenidos en el Cread de Yopal.

Ahora bien, es un hecho aceptado tanto por el demandante como por el demandado que el acta parcial de escrutinio contentiva de los resultados de la elección del Representante de Egresados fue enviada a la Secretaría General de la UPTC por fax y por correo electrónico el día de las elecciones.

Por su parte, en las Actas N° 32 y 33 de diciembre de 2014, así como en el Acta N° 02 de febrero de 2015 del Comité Electoral, visibles a folio 59 y siguientes, se reconoce que los resultados de la elección del Representante de Egresados en Yopal fueron enviados vía correo electrónico y por fax el día 3 de diciembre de 2014. A lo anterior se suma, que los jurados de votación, que suscribieron el acta parcial transcrita y quien fungieron como testigos en el proceso electoral de la referencia, coincidieron en afirmar que el acta de escrutinio parcial fue enviada por medios electrónicos el mismo día de las elecciones y que aquella no tenía ninguna alteración o anomalía alguna. Así las cosas, es evidente que la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 275 del CPACA no se materializa, pues aunque el material electoral físico de la ciudad de Yopal fue hurtado, el acta parcial remitida por medios electrónicos permite dar cuenta con certeza cuantos fueron los votos depositados y cuál fue la votación obtenida para candidato.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011- artículo 275 numeral 2

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

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

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00008-00

Actor: Oriol Alberto Ramos Salazar

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano Oriol Ramos Salazar, a través de apoderado judicial interpuso demanda de nulidad electoral contra las Resoluciones N° 0683 del 6 de febrero de 2015, “por la cual se declara electo un representante de los Graduados ante el

Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia" y N° 1154 del 20 de febrero de 2015, "por medio de la cual se modifica un artículo y se declara improcedente un recurso de reposición contra la Resolución N° 0683 de 6 de febrero de 2015".

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

**"PRIMERA: SE DECLARE LA NULIDAD de las Resoluciones N° 0683 de 6 de febrero de 2015 y la Resolución N° 1154 del 20 de febrero de la misma anualidad expedidas por el rector de la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA por medio del cual se DECLARO elegido como representante de los egresados ante el CONSEJO SUPERIOR al señor JOSE AQUILINO RONDON GONZALEZ (sic).**

**SEGUNDA: como consecuencia de lo anterior SE ANULE o se declare NO VALIDA o NO SE CONTABILICEN los datos sobre votación que contiene el FAX DE UNA SUPUESTA ACTA DE ESCRUTINIO Y/O LA COPIA DEL ACTA DE ESCRUTINIO APARECIDA EXTEMPORÁNEAMENTE correspondiente a la mesa del CREAD de la ciudad de Yopal" (...)' (Mayúsculas, negritas y subrayas en original)**

## 1.2. Los hechos

La situación fáctica que sustenta las pretensiones de la demanda, se puede sintetizar de la siguiente manera:

1. Mediante Resolución N° 5121 del 10 de octubre de 2014 la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –en adelante UPTC– abrió convocatoria pública para que los interesados se inscribieran como candidatos para ser elegidos como miembro del Consejo Superior de la citada universidad en representación de los egresados.

2. En la Resolución N° 5121 del 10 de octubre de 2014 se estableció, entre otros, que: i) el proceso de elección del representante de egresados se guiaría por la Resolución N° 2735 de 2006, con sus respectivas modificaciones y ii) las elecciones se realizarían el día 3 de diciembre de 2014 en la sede central de la UPTC, en las sedes seccionales de Duitama, Sogamoso y Chiquinquirá y en los Centros Regionales de Educación a Distancia, conocidos por sus siglas como CREADS.

3. En respuesta a esa convocatoria se inscribieron varias personas entre las cuales se encontraban el demandante y el demandado. Ambos fueron inscritos como candidatos oficiales para ocupar el cargo de Representante de Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la UPTC.

4. El día 3 de diciembre de 2014 entre las 9: 00 a. m. y las 5: 00 p. m. se llevó a cabo la elección del Representante de los

Egresados del Consejo Superior Universitario de la UPTC en las sedes de la universidad antes mencionadas.

5. El demandante adujo que siendo las 5:40 pm del día 3 de diciembre de 2014 recibió el conteo de votos de todas las ciudades en las que se llevó a cabo la elección, salvo los votos emitidos en el Cread de la ciudad de Yopal.

6. A la demora en la remisión de los resultados se suma, según el demandante, que la votación obtenida en el Cread de Yopal tenía varios vicios debido a que: i) hubo duplicidad de votos porque las personas que votaron en Sogamoso también lo hicieron en la ciudad de Yopal, ii) hubo un incremento del 300% en la participación electoral en comparación con otras votaciones y iii) existió una diferencia entre el número de votos depositados y la cantidad de personas que realmente sufragaron.

7. Igualmente el demandante manifestó que en el proceso de elección se presentó una irregularidad, porque según la Resolución N° 2735 de 2006 el escrutinio general de los votos debe realizarse durante los tres días siguientes hábiles al día de elección.

*Sin embargo, el último día hábil para "declarar" el escrutinio, es decir, el 9 de diciembre de 2014, este no se llevó a cabo debido a que los documentos procedentes de Duitama, Sogamoso, Chiquinquirá y Yopal no habían llegado a la ciudad de Tunja. Por esta razón, el Comité Electoral de la UPTC determinó que el escrutinio general de las votaciones se realizaría el 10 de diciembre de 2014, esto es, por fuera del término establecido para el efecto por la Resolución N° 2735 de 2006.*

8. El día 10 de diciembre de 2014 el Comité Electoral recibió fotocopia de una denuncia penal presentada por el señor José Weimar González en la que se afirmaba que de su oficina de la UPTC fueron hurtados, entre otros, las listas de votación, los votos, el acta parcial de escrutinio y demás documentos relacionados con las elecciones del Representante de Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la UPTC adelantadas en la ciudad de Yopal (Casanare).

*Por lo anterior, el Comité Electoral determinó que no era procedente declarar la elección de ninguno de los candidatos, pues no había certeza de la votación obtenida por los candidatos en el Cread ubicado en Yopal.*

9. El actor señaló que debido al hurto del material electoral y a la imposibilidad física de realizar el escrutinio general, el 15 de diciembre de 2015 el Comité Electoral de la UPTC solicitó concepto sobre dicho asunto a los Delegados de Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado.

10. La Registraduría Nacional del Estado Civil el 5 de enero de 2015 respondió a la solicitud formulada por el Comité Electoral

1 Folio 3 del Expediente.

de la UPTC, que no estaba dentro de sus competencias pronunciarse sobre la situación presentada en las elecciones a Representante de Egresados de la UPTC.

No obstante, precisó que en ese evento debía *“solicitarse a los jurados de votación del municipio en el que se realizó el escrutinio parcial que alleguen la copia que reposa en su poder, la cual en virtud del artículo 142 del Decreto 2241 de 1986 debe ser remitida inmediatamente gozando de plena validez. Igual suerte corre la que se prepara con destino a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil. Documentos que se consideran suficientes para validar la información ya escrutada”*<sup>2</sup>.

11. Por su parte, la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado contestó que desbordaba sus competencias el servir de órgano consultivo de la UPTC.

12. El día 2 de febrero de 2015 el Comité Electoral de la UPTC se reunió para analizar la situación del proceso electoral de los representantes de los egresados ante el Consejo Superior Universitario. Sin embargo, dicho comité no logró un consenso sobre el tema y determinó que “en el lapso de la semana se dar[ía] continuidad al proceso de escrutinio general”.

13. El día 4 de febrero de 2015 el Comité Electoral de la UPTC continuó con el escrutinio general y determinó: i) acoger el concepto emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil y, en consecuencia, otorgar plena validez al acta parcial remitida desde Yopal por FAX y por correo electrónico el día mismo de las elecciones y ii) hacer el escrutinio general incluyendo los votos obtenidos en la ciudad de Yopal tal y como estaban contabilizados en el acta parcial.

14. Con base en la anterior decisión el Comité Electoral concluyó que una vez realizado el escrutinio general con inclusión de los votos contenidos en el acta parcial remitida por medios electrónicos desde la ciudad de Yopal, era evidente que el candidato ganador era el señor José Aquilino Rondón González y, por lo tanto, recomendó proyectar un acto en el cual se declarara electo al hoy demandado.

15. Mediante Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se declaró la elección del señor José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior de la UPTC. En el numeral cuarto de la citada resolución se estableció que contra ella procedía el recurso de reposición.

16. Contra el acto acusado el demandante interpuso recurso de reposición ya que, a su juicio, no existía certeza de la votación obtenida en la ciudad de Yopal, razón por la cual no era viable declarar la elección de ningún candidato o en su defecto el escrutinio general debía excluir los votos provenientes de la ciudad de Yopal.

17. El recurso fue desatado mediante Resolución N° 1154 de 20 de febrero de 2015, decisión mediante la cual la UPTC

señaló que hubo un error involuntario en la redacción del acto de elección, pues era evidente que contra él no procedía recurso alguno. Por tal motivo: i) corrigió el numeral 4° de la Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 para en su lugar determinar que contra ella no procedía recurso alguno y ii) declaró improcedente el recurso de reposición presentado.

### 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirmó que la elección del señor José Aquilino Rondón González se encuentra viciada de nulidad, pues el proceso de elección estuvo permeado por varias irregularidades que impedían que el demandado fuera declarado electo como Representante de los Egresados.

Para el efecto, la parte actora sostuvo que el acto de elección se profirió con transgresión de los artículos 1°, 49, 99, 152, 258 y 266 de la Constitución así como la normativa interna de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, específicamente, el Acuerdo N° 066 de julio de 2005 y la Resolución N° 2735 de agosto de 2006 con todas sus modificaciones.

El accionante formuló varios cargos de nulidad, los cuales pueden agruparse así:

**Nulidad por materialización de la causal del numeral 2 del artículo 275 del CPACA:** Para la parte actora el acto de elección se encuentra viciado de nulidad debido a que el material electoral de la elección de Representante de Egresados llevada a cabo en la ciudad de Yopal fue hurtado, lo cual impidió que se pudieran impugnar los votos obtenidos en esa ciudad, específicamente porque hubo: i) duplicidad de votos (las mismas personas que sufragaron en Sogamoso lo hicieron en Yopal), ii) un incremento del 300% en la participación electoral y iii) mayor número de votos que de votantes, lo cual, según su criterio, da cuenta de que se materializó la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 275 del CPACA.

Para sustentar su posición, manifestó que según la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup> deben excluirse del conteo aquellos votos que hayan sido *“destruidos”*, puesto que existe imposibilidad de confrontar el acta con el número de votos que efectivamente se depositaron.

Nulidad por violación al debido proceso: Asimismo, afirmó que la elección acusada también desconoció el debido proceso, puesto que la Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se profirió con trasgresión a la Resolución N° 5121 de 2014<sup>4</sup> y a la Resolución N° 2735 de 2006<sup>5</sup> en atención a que:

<sup>3</sup> El actor citó al respecto la sentencia T-473 de 2003.

<sup>4</sup> *“Por la cual se convoca a elección del Representante de los EGRESADOS, ante el CONSEJO SUPERIOR de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”*

<sup>5</sup> *“Por la cual se adopta el Reglamento para la Elección del Representante de los Egresados de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, ante el Consejo Superior”*.

<sup>2</sup> Folio 108 del Expediente.

- El Comité Electoral no realizó el escrutinio general durante los tres días hábiles siguientes al día de la votación tal y como lo estipula la Resolución N° 2735 de 2006.
- La razón que el Comité Electoral de la UPTC esgrimió para realizar el escrutinio por fuera del tiempo establecido en la citada resolución no es válida, pues el conteo se debió realizar con los documentos allegados el 9 de diciembre de 2014.
- Los documentos relacionados con el proceso electoral adelantado el 3 de diciembre de 2014 en el Cread de la ciudad de Yopal, debían estar a la guarda del decano de dicha facultad y no a cargo del profesor José Weimar González, pues así lo dispone el artículo 12 de la Resolución N° 2735 de 2006.
- Se dio valor a un acta parcial enviada vía fax, cuando es claro que el conteo debe realizarse exclusivamente con las actas originales.
- Se desconoció el artículo 16 Resolución N° 2735 de 2006, toda vez que, se declaró la elección del demandado aunque aquel no tenía la mayor cantidad de votos válidamente emitidos, ya que la votación de la ciudad de Yopal no podía tenerse como legítima, porque los documentos electorales relacionados con ese sufragio se perdieron.
- Como hubo duplicidad de votación se debió dar aplicación al párrafo 1° y 2° del artículo 15 de la Resolución N° 2735 de 2006, es decir, debieron excluirse los votos dobles y "quemarse" los votos excedentes.

#### **Nulidad por violación del derecho de audiencia y defensa:**

Argumentó que la Resolución N° 0683 de 6 de febrero de 2015 está viciada de nulidad, porque se desconoció el derecho de audiencia y defensa debido a que las diversas reclamaciones que se elevaron ante el Comité Electoral de la UPTC, respecto a la votación de la ciudad de Yopal, no pudieron ser resueltas porque la universidad no contaba con los documentos para determinar si las irregularidades denunciadas eran ciertas o no.

**Nulidad por falsa motivación:** Según la parte actora esta causal de nulidad se materializó de un lado, porque pese a que en la actuación administrativa no se acreditó que el número de votos obtenido por el demandado en la ciudad de Yopal hayan sido efectivamente los que se consignaron en el acta parcial, se procedió a declarar su elección y, por otro, porque se acogió el concepto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, aunque dicha autoridad no tenía competencia para proferir ningún pronunciamiento sobre la situación acaecida en las elecciones universitarias.

## **2. Trámite Procesal**

Mediante auto de 28 de abril de 2015, el Despacho Ponente admitió la demanda. En esa misma providencia se ordenó la notificación personal del señor **José Aquilino Rondón González** y del Consejo Superior de la UPTC.

## **3. Contestaciones de la demanda**

### **3.1. La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia**

El ente universitario, por conducto de apoderado judicial, hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos expuestos en la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. Al efecto, expuso los siguientes argumentos:

- i) Ninguno de los hechos que rodearon el proceso de elección de los egresados está viciado de nulidad, puesto que la determinación de declarar electo al señor **Rondón González** estuvo sustentada en el concepto emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, según el cual se podía dar valor al acta parcial remitida desde la ciudad de Yopal vía fax y por correo electrónico.
- ii) El acta remitida por medios electrónicos goza de plena validez, debido a que según el inciso 2° del párrafo del artículo 12 de la Resolución N° 2735 de 2006, se deben elaborar dos ejemplares del acta de escrutinio, uno de los cuales debe ser remitido de forma inmediata a la Secretaría General.

El apoderado de la universidad afirmó, que esto se cumplió a cabalidad en el caso concreto, pues el día 3 de diciembre de 2014 a las 17:58 horas se allegó la referida acta mediante correo electrónico, y a las 18:02 horas aquella arribó vía fax.

- iii) No se puede afirmar que hubo inconsistencias en la votación, pues el acta enviada no tiene tachones ni enmendaduras siendo claro, según la guía de jurados y la reglamentación de testigos electorales expedida por la universidad, que cualquier inconsistencia en el acta parcial debió denunciarse por los testigos electorales, al momento mismo del escrutinio parcial.

- iv) Manifestó que el "*becho fortuito*" del hurto, no afecta en lo más mínimo el proceso de elección, pues se insiste en que el acta parcial remitida por medios electrónicos contenía los resultados consolidados de la elección en el Cread de Yopal.

Lo anterior, se refuerza si se tiene en cuenta que, según su criterio, la Corte Constitucional en sentencia C-142 de 2001 determinó que la violencia y la destrucción del material electoral solo es constitutiva de nulidad cuando exista capacidad real para desvirtuar la transparencia del proceso electoral, lo cual no sucede en el caso concreto, porque los resultados se conocieron el mismo día de la elección.

- v) Señaló que no se desconoció el debido proceso, pues en todo tiempo el proceso se ciñó a las

Resoluciones N° 2735 de 2006 y N° 5121 de 2014.

vi) Sostuvo que debe darse prevalencia a la voluntad popular consignada en el acta enviada por correo electrónico, en la que se da cuenta que el demandado en la ciudad de Yopal alcanzó una votación importante.

vii) Finalmente, aseveró que no se desconoció el derecho de audiencia y defensa, puesto que de conformidad con el artículo 16 de la Resolución N° 2735 de 2006 se determinó que el demandado había alcanzado la mayoría de votos válidos, sin que las supuestas anomalías presentadas por el demandante estén acreditadas.

Con base en lo anterior solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

### 3.2. Representante de los Egresados ante el Consejo Superior de la UPTC– José Aquilino Rondón González

A través de apoderado judicial, el demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda por *“inexistencia de la causa petendi”*, ya que, a su juicio, los fundamentos de hecho de la demanda eran insuficientes y no correspondían a ninguna de las causales de nulidad contenidas en la ley.

Asimismo, manifestó que, contrario a lo señalado por la parte actora, el acto de elección no se encuentra viciado de nulidad, pues la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 275 del CPACA no se materializa en el caso concreto, debido a que el material electoral no se destruyó. A juicio del demandado, la parte actora erró en la causal invocada, pues debió aludir a la contenida en el numeral 3º del artículo 275 del CPACA y no a la contemplada en el numeral 2º *ibidem*, y por ello, la demanda es inepta.

Sostuvo que no se desconoció el valor de voto y, por el contrario, lo que hizo la universidad al declarar la elección, fue privilegiar la voluntad de la comunidad académica.

Finalmente, concluyó que el acto no se encuentra viciado de falsa motivación porque *“el acta de escrutinio general y la declaratoria de elección, no fue desconocida, ni tachada de falsa, como tampoco fue señalada como alterada, con el fin de alegar falsa motivación, por lo que este cargo carece de cualquier sustento legal y fáctico”*<sup>6</sup>.

#### 4. La audiencia inicial

El día 7 de septiembre de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se decidió la excepción previa propuesta, se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

En efecto, frente a la excepción de inepta demanda el Magistrado Ponente señaló que una vez revisado el libelo, era claro que aquel no era inepto, toda vez que: i) se podían extraer los hechos que sirvieron de fundamento para incoar la acción y ii) la identificación, a juicio del demandado, errónea de la causal de nulidad no derivaba en la ineptitud de la demanda, debido a la naturaleza pública de la acción electoral.

De la decisión de negar la prosperidad de la excepción previa se corrió traslado a las partes las cuales no interpusieron recurso alguno, razón por la cual **aquella quedó en firme**.

Respecto a las pruebas, se concedió a los documentos aportados por las partes el valor que les asignara la ley, se decretaron pruebas de oficio y se ordenó escuchar en testimonio a los señores Guillermo Galindo, Derly Poveda y José Weimar González Pulido, quienes habían fungido como jurados de votación en la elección enjuiciada en la ciudad de Yopal.

#### 5. Audiencia de pruebas

El día 14 de octubre de 2015 se celebró la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, en la cual se recibieron la declaración de los señores Guillermo Galindo, Derly Poveda y José Weimar González Pulido.

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

De la decisión descrita en precedencia se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme**.

#### 6. Alegatos de conclusión

Según constancia secretarial obrante a folio 399, el tiempo para alegar de conclusión corrió entre el 22 de octubre de 2015 y el 05 de noviembre del año en curso. Durante ese lapso se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

##### 6.1 La parte demandante

La demandante presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Reiteró que el acto de elección debe ser declarado nulo, pues los vicios endilgados se encuentran acreditados en el expediente, especialmente por la prueba testimonial, en la que los tres declarantes coincidieron en afirmar que *“ no tramitaron, ni entregaron el acta que posteriormente aparece dejando la duda de (sic) y ratifican que violentaron las normas*

6 Folio 202 del Expediente.

*universitarias al señalar que ellos consideraron y dieron un trámite folclórico e ilegal llevando los documentos electorales en un maletín de una persona que no es la encargada según el procedimiento establecido en las normas universitarias*<sup>7</sup>.

Señaló que está demostrada la violación de la Resolución N° 2735 de 2006, porque el escrutinio general no se hizo dentro de los 3 días siguientes a la elección.

Adujo que en el *sub judice* se presentan varios "indicios graves y sospechosos", consistentes en que: i) únicamente se hurtaron los documentos electorales y ningún otro elemento de valor y ii) no se allegaron al plenario los videos de las cámaras de seguridad del día del hurto.

Reiteró que la votación de la ciudad de Yopal debe declararse nula, porque: i) existió duplicidad en la votación pues, aduce que las personas que votaron en Sogamoso también lo hicieron en Yopal y ii) se incrementó la votación en más de un 300%, siendo claro que de la prueba testimonial recaudada se puede afirmar que los jurados no tenían forma de verificar si las personas que se acercaban a votar ya habían sufragado.

Manifestó que de la prueba documental obrante en el plenario, se podía concluir que el demandante no nombró testigos electorales para la ciudad de Yopal, y por ende, la persona que los jurados de votación tomaron como tal, no puede tenerse como un veedor, pues aquellos no corroboraron su identidad ya que simplemente asumieron que aquel era un testigo electoral del demandante.

Asimismo, afirmó que el Consejo de Estado no puede dar valor al acta parcial enviada por correo electrónico, porque aquella no estuvo "resguardada bajo la debida cadena de custodia", razón por la cual no existe prueba alguna de la votación realizada en la ciudad de Yopal.

Finalmente, trajo a colación un extracto de la sentencia del 24 de febrero de 2013 con ponencia de la magistrada Susana Buitrago Valencia y de la providencia en la cual se declaró la nulidad de la elección del Alcalde de Medio Baudo por destrucción de las mesas de votación<sup>8</sup>, de las cuales concluyó que no se puede declarar legal la elección del Representante de Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la UPTC.

## 6.2 La parte demandada

### 6.2.1 José Aquilino Rondón González

El demandado alegó de conclusión y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su solicitud, señaló que el demandante no probó los cargos que endilgó al acto de elección y procedió a

pronunciarse de forma expresa frente a todos y cada uno de los problemas jurídicos fijados en la audiencia inicial.

Frente a la configuración de la causal de nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 275 del CPACA, manifestó que se encuentra acreditado que los documentos electorales fueron hurtados con posterioridad a la votación y al escrutinio de la mesa, es decir, cuando el resultado ya se había reportado a la Secretaria General de la Universidad, porque esta tarea se realizó el mismo día de las elecciones.

Es evidente que el acta de escrutinio parcial del CREAD de Yopal, se remitió por una vía idónea ya que, según su parecer, los documentos remitidos por canales informáticos están revestidos de presunción de legalidad, máxime si se tiene en cuenta que según la Ley 527 de 1999 los documentos públicos pueden circular como mensajes de datos.

Según el criterio del demandado, pese a que en efecto los materiales electorales fueron hurtados, dicho hecho no tiene impacto en la validez de la elección, comoquiera que el mismo día de la elección la universidad conoció los resultados obtenidos para la elección del Representante de Egresados en la ciudad de Yopal. Lo cual, a su juicio, se refuerza si se tiene en cuenta, que los testigos fueron enfáticos en señalar que el escrutinio fue absolutamente transparente y que no hubo irregularidad alguna.

Respecto a la estructuración de la causal de nulidad contemplada en el numeral 3° del artículo 275 del CPACA por haberse consignado en el acta de escrutinio parcial información falsa, el demandado señaló que este cargo se encuentra ausente de prueba, pues no se acreditó cuáles fueron los votos duplicados o cuáles son las circunstancias con base en las cuales se puede afirmar que el número de votantes aumento al 300%, siendo claro que según la jurisprudencia de la Sección Quinta, al ser esta una causal objetiva no puede plantearse de forma generalizada, sino que se debe precisarse de forma detallada cuál es la anomalía endilgada.

Asimismo, afirmó que el presunto aumento de la población votante no deriva en la nulidad del acto de elección, pues es claro que la masiva participación en las urnas no implica que haya fraude o manipulación de los electores.

Por su parte, en lo que concierne a la supuesta expedición irregular del acta por desconocimiento de la normativa universitaria, el señor Rondón González señaló que dicho vicio no se encuentra probado ya que, por el contrario, el procedimiento para elegir al representante de egresados se realizó con estricta sujeción a las disposiciones internas de la UPTC, comoquiera que:

- i) El acta parcial se remitió a la secretaria general el mismo día de las elecciones tal y como lo exige la Resolución N° 2735 de 2006,

<sup>7</sup> Folio 406 del Expediente.

<sup>8</sup> El demandante no precisó los datos completos de las providencias que cita como precedentes, pues se limitó a copiar extractos de las mismas.

- ii) La suspensión del escrutinio general se debió a la materialización de situaciones de *“fuerza mayor o caso fortuito”* consistentes, primero, en la demora en la entrega de los documentos provenientes de sedes como Sogamoso y Chiquinquirá, y segundo por el hurto de los documentos electorales del Cread de Yopal, situación que imponía detener el conteo general de votos, hasta contar con el concepto de un ente externo a la universidad.
- iii) Los documentos electorales estaban a la guarda de una persona diferente a al decano, porque aquel tiene su sede única de trabajo en la ciudad de Tunja y no en la ciudad de Yopal y, por ello, en todas las seccionales carentes de decano, los documentos electorales quedan a la guarda de los jurados de votación, quienes se encargan de remitirlos a la universidad.

Frente al cargo de violación al derecho de audiencia y defensa arguyó que dicho cargo no solo no se probó, sino que además el demandante no formuló las reclamaciones pertinentes en el momento que lo exige la normativa universitaria, esto es, en la mesa de escrutinio.

Finalmente, en lo que concierne al cargo de falsa motivación sostuvo que la consulta que se elevó a la Registraduría estuvo motivada por el hurto del material electoral, sin que esto constituya una violación al reglamento, pues su finalidad era garantizar los derechos de todos los intervinientes en el proceso de elección.

#### 6.2.2 La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

El ente universitario, a través de apoderado judicial, alegó de conclusión y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Para sustentar su petición, señaló que en el marco de la autonomía universitaria se profirió la Resolución N° 2735 de 2006 como directriz del procedimiento interno de la elección del Representante de Egresados, de forma tal que el artículo 12 establece que el acta de escrutinio parcial será enviada a la Secretaría de la Universidad el mismo día de la elección, requisito que se satisfizo en el caso concreto, comoquiera que el 3 de diciembre de 2014 se remitió a la secretaría, vía correo electrónico y fax, el acta parcial de las votaciones de Yopal.

Sostuvo que amparados en el artículo 28 del CPACA, procedieron a solicitar a la Registraduría un concepto jurídico a fin de garantizar la transparencia y validez de los votos contenidos en el acta remitida por medios electrónicos, debido a la situación de fuerza mayor presentada, es decir, al hurto de los documentos electorales que impedía contar con los soportes pertinentes.

Asimismo, señaló que está plenamente probado, que pese a que el actor no remitió testigos electorales para la ciudad de Yopal,

el día de las elecciones sus familiares estuvieron presentes en toda la jornada electoral, especialmente a la hora del conteo y aquellos no reportaron ninguna anomalía.

Finalmente, adujo que de los testimonios recibidos el día 14 de octubre en la audiencia de pruebas se podía colegir, sin duda alguna, que el proceso electoral llevado a cabo el 3 de diciembre de 2014 en la ciudad de Yopal se realizó bajo totales condiciones de seguridad y transparencia, sin que se presentaran factores que pudieran afectar su normalidad, de forma tal que ese mismo día se procedió a remitir el acta parcial de escrutinio a la secretaría de la universidad tal y como lo estipula la normativa de la UPTC.

#### 7. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el 03 de noviembre de 2015, el Procurador 7° delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se declarara la nulidad de la elección demandada.

El Ministerio Público precisó que según la fijación del litigio realizada, en primer lugar, debía determinarse si se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 2° del artículo 275 del CPACA por el hurto del material electoral.

Según el criterio de la vista fiscal la citada causal de nulidad sí se materializa, toda vez que, el hurto del material electoral derivó en la violación del principio de transparencia. Para sustentar su posición, resaltó que la Corte Constitucional en sentencia C-142 de 2001 determinó que la destrucción de los documentos, elementos o el material electoral, en cuanto afecta la transparencia de las elecciones e impide de manera absoluta dar fe sobre la votación, permite al juez declarar la nulidad de la elección.

Igualmente, sostuvo que la causal de nulidad contemplada en el CPACA, no precisa quien ha de efectuar la destrucción, ni que aquella esté íntimamente ligada a situaciones de violencia. En consecuencia, y entendiendo que la acepción *“destruir”* implica deshacer, arruinar o asolar una cosa material, a juicio, del Procurador Delegado del hurto del material electoral se pueden extraer las mismas consecuencias que se derivarían de una eventual destrucción de los documentos, pues su pérdida impide dar fe absoluta de la voluntad de los electores en la ciudad de Yopal.

La Procuraduría consideró que el acta parcial carece de valor por cuanto no se pudo verificar la exactitud de los escrutinios realizados, sin que se pueda perder de vista que los supuestos votos obtenidos en Yopal a favor del demandado incidieron de forma definitiva en el resultado, razón por la cual, según su criterio, se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 2° del artículo 275 del CPACA.

Finalmente, argumentó que como se probó una de las causales de nulidad endilgadas, no era necesario pronunciarse sobre los demás problemas jurídicos fijados en la audiencia inicial.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA<sup>9</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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 José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

### 2. El acto acusado

Se tiene como tal la Resolución N° 0683 de 6 de febrero de 2015, por medio de la cual se declaró electo al señor José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados en el Consejo Superior Universitario de la UPTC.

El acto cuya legalidad se cuestiona obra a folio 45 del Expediente y su constancia de publicación se encuentra en el folio 133.

### 3. Pruebas relevantes

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- Acuerdo N° 0066 del 25 de octubre de 2005 por medio del cual “se expide el Estatuto de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”. (Fls. 281 a 306).
- Copia de la Resolución N° 5121 de 10 de octubre de 2014 por medio de la cual “se convoca a elección del Representante de los Egresados ante el Consejo Superior de la Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”. (fls. 279-280)<sup>10</sup>.
- Copia de la Resolución N° 1154 de 20 de febrero de 2015, “por medio de la cual se modifica un artículo y se declara improcedente un recurso de reposición contra la Resolución N° 0683 de febrero de 2015”. (fls. 48-50 y 139 -141).
- Copia del Acta N° 2 del Comité Electoral de la UPTC del 2 de febrero de 2015. (fls. 51-58).

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 (...) 3º. 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).

10 Disponible en el siguiente enlace electrónico [http://www.upte.edu.co/export/sites/default/secretaria\\_general/rectoria/resoluciones\\_2014/resolucion\\_5121\\_2014.pdf](http://www.upte.edu.co/export/sites/default/secretaria_general/rectoria/resoluciones_2014/resolucion_5121_2014.pdf)

- Copia del acta de escrutinio general de la elección de representante de egresados. (Fl. 59).
- Copia de la Resolución N° 2735 de 2006, “por la cual se adopta el reglamento para la elección del representante de los egresados de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, ante el consejo Superior Universitario”. (Fls. 60-64)<sup>11</sup>.
- Copia de la Resolución N° 2848 de 2006, “por la cual se adiciona los artículos 3º y 7º de la Resolución N° 3735 de 2006”. (Fl. 65).
- Copia de la Resolución N° 2347 de 2008, “por la cual se modifican los artículos 3º, 6 y 15 de la Resolución N° 2735 de 2006”. (Fl. 66).
- Fotocopia autentica de la denuncia penal por hurto presentada ante la Fiscalía General de la Nación por el señor José Weimar González Pulido. (Fls. 90-92).
- Copia del Acta N° 33 del Comité Electoral de la UPTC del 9 de diciembre de 2014. (fls. 99-101).
- Copia del Acta N° 33 del Comité Electoral de la UPTC del 10 de diciembre de 2014. (fls. 102-104).
- Copia de la guía de los jurados de votación. (Fls. 105 y 192).
- Copia del acta de escrutinio parcial de Yopal enviada por correo electrónico y por fax. (fls. 113 y 190).
- Copia de la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil respecto al oficio en el cual se solicitaba concepto. (Fl. 108).
- Copia del acta de escrutinio parcial de la votación llevada a cabo en Soata. (fl. 115).
- Copia del Acta N° 01 del Comité Electoral de la UPTC del 22 de enero de 2015. (fls. 117-120).
- Copia de la lista de los testigos electorales que el demandante nombró en diversas ciudades para las elecciones del 3 de diciembre de 2014. (Fl. 191).
- CD con el listado de los egresados de la UPTC aptos para votar en la elección acusada. (fl. 307).
- Copias de las actas de escrutinio general de las cinco (05) últimas elecciones de Representante a Egresados llevadas a cabo en la ciudad de Yopal (Casanare). (fls. 315-341 y 347-373).
- CD contentivo de los testimonios rendidos en audiencia de pruebas (Fl. 397).

11 Disponible en el siguiente enlace electrónico [http://www.upte.edu.co/secretaria\\_general/rectoria/resoluciones\\_2006/resolucion\\_2735\\_2006.pdf](http://www.upte.edu.co/secretaria_general/rectoria/resoluciones_2006/resolucion_2735_2006.pdf)

#### 4. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial si:<sup>12</sup>

- Se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 2º del artículo 275 del CPACA, por el hurto de los documentos del proceso electoral llevado a cabo el 3 de diciembre de 2014 en el Cread de la UPTC en la ciudad de Yopal.
- Se configuró la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 275 del CPACA, porque el acta de escrutinio parcial de las votaciones del 3 de diciembre de 2014 realizadas en el Cread de la UPTC en la ciudad de Yopal registró información falsa debido a que: i) hubo mayores votos que votantes y ii) se presentó duplicidad en la votación.
- La Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se profirió con expedición irregular, toda vez que, desconoció el procedimiento que le impuso la normativa universitaria contenida en la Resolución N° 5121 de 2014, en la Resolución N° 2735 de 2006 y en el Acuerdo Superior N° 066 de 2005.
- La Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se expidió con violación del derecho de audiencia y defensa.
- La Resolución N° 0683 del 6 de febrero de 2015 se produjo con falsa motivación.

Bajo este panorama, procede la Sala a analizar los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto.

##### 4.1. La causal del numeral 2 del artículo 275 del CPACA

Tal y como quedó expuesto en precedencia corresponde a la Sala determinar si la Resolución N° 0683 de febrero de 2015, es nula por el hurto de los documentos electorales. En efecto, la causal de nulidad invocada consagra:

*“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:*

*(...)*

*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”.*

Así pues, lo primero a decantar es si la causal de nulidad antes transcrita, es aplicable al caso concreto, pues en sentido

estricto los documentos electorales no fueron destruidos, sino hurtados.

En efecto, en el expediente se encuentra probado tanto por prueba documental<sup>13</sup>, como por prueba testimonial<sup>14</sup> que los documentos electorales de los comicios realizados en el Cread de Yopal el día 3 de diciembre de 2014 fueron hurtados de la oficina del profesor José Weimar González Pulido<sup>15</sup>.

Así las cosas, haciendo un análisis teológico y sistemático de la causal invocada, la Sala encuentra que dentro de la acepción “destruir” también puede incluirse la pérdida del material electoral por hurto, toda vez que, la finalidad de la norma es que pueda declararse la nulidad de la elección cuando el material electoral ha desaparecido, es decir, cuando no haya certeza del resultado obtenido.

Esto es así, porque con dicho motivo de anulación se busca dotar de plena transparencia y validez al proceso electoral. En este sentido, es preciso retomar las consideraciones que la Corte Constitucional realizó al estudiar dicha causal, en su norma homologa del C. C. A., al respecto señaló:

*“El legislador ha previsto 3 situaciones en las que se presenta nulidad de las actas de escrutinio por violencia: violencia contra los escrutadores, destrucción de “papeletas” de votación o su mezcla con otras. En los dos últimos casos, la Corte considera que la exclusión de los votos contenidos en el acta es una consecuencia necesaria del hecho de violencia. La*

<sup>13</sup> En los folios 90 a 92 obra fotocopia auténtica de la denuncia que por el delito de hurto instauró el señor Pulido ante la Fiscalía General de la Nación.

<sup>14</sup> En el CD contentivo de los testimonios rendidos el Señor José Weimar González respecto al a la pregunta “Explique lo que le conste acerca del hurto de los documentos electorales, esto es, la fecha y lugar, los elementos que fueron hurtados, la demás información que tenga, todo lo que le conste, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en donde acaecieron o no acaecieron los hechos que se mencionan en la demanda” respondió: “(...), dejé eso [ los documentos electorales] bajo llave en mi escritorio y pues me fui para mi casa, me fui de la universidad, el día martes 9 de diciembre llegué pues a las 8 de la mañana y encontré que estaba forzada la caja de mi escritorio, verifiqué y encontré que no estaban unos documentos unos personales que eran un compendio de normatividad que lo tenía como dirección de grupo, de dirección de escuela, perdón, había falta el paquete de lo de votación y un computador, no aparecía estaba ahí en una caja bajo mi escritorio, empezamos a mirar pues me asusté, le comuniqué eso al señor Decano, revisamos y estaba también dañada una chapa de una puerta que daba a la parte externa de la oficina, hay dos puertas, una que es en la que se ingresa normalmente por la facultad y otra externa que lleva a un ball a un balcón, entonces forzaron esa puerta, abrieron y forzaron e hicieron lo que quisieron, al ver eso pues comuniqué, llamamos al señor encargado, yo lo llamé al señor encargado de la seguridad de la Universidad, se llama David Cifuentes, él verificó lo que había sucedido, posteriormente dijo que iba a hacer la investigación interna porque se debe verificar quienes estaban de vigilancia y toda la cuestión, posteriormente, fui a la Fiscalía ese día, esa tarde, a colocar el denuncia pero no me atendieron porque estaban en paro, duré vario tiempo allí esperando y un señor agente me dijo que volviera el día siguiente a colocar - instaurar la denuncia pero que si quería colocarla pero que pues continuaban en paro, el día 10 de diciembre fui más o menos a las 7:30 de la mañana, fui el primero en llegar, esperé me hicieron ingresar a una sala, ya llegaron funcionarios de la Fiscalía, me atendieron, coloqué la denuncia respectiva y la radiqué ante la Secretaría General”.

<sup>15</sup> Quien había fungido como jurado de votación y, por ello, tenía la guarda de los referidos documentos.

<sup>12</sup> Folios 244 a 267 del Expediente.

imposibilidad de confrontar el contenido de las actas con las tarjetas electorales, sea por destrucción de las últimas o por mezcla con otras, impide al Estado garantizar la transparencia de las elecciones. Ante la imposibilidad absoluta de dar fe sobre la votación, esta carece de validez, pues únicamente puede resultar electo quien efectivamente ha vencido<sup>16</sup>. (Subrayas fuera de texto).

Es evidente que el hurto conlleva a las mismas consecuencias de la destrucción del material electoral, pues es claro que ante su ausencia, no hay forma de dotar al proceso electoral de las garantías de transparencia, ni de garantizar el respeto por la decisión tomada por los electores en la urnas.

Pese a lo anterior, en el caso concreto, **dicha causal de nulidad no se materializa, toda vez que, en el proceso de elección del Representante de Egresados ante el Consejo Superior de la UPTC sí se tiene certeza de cuál fue la voluntad de los electores.**

La normativa universitaria impone que el mismo día de las elecciones el acta parcial repose en los archivos de la Secretaría General de la UPTC. En efecto, el procedimiento de elección del Representante de Egresados de la UPTC contenido en la Resolución N° 2735 de 2006 establece:

*"Artículo Décimo segundo. Mediante Resolución Rectoral se nombrarán por cada mesa de votación tres jurados, que serán escogidos entre los profesores que prestan su servicio a la Universidad, quienes están en la obligación de firmar los respectivos formularios del acta de escrutinio parcial, de la mesa a la cual fueron asignados.*

*Parágrafo. El nombramiento de jurado será de forzosa aceptación y es indelegable. En caso de no cumplimiento con dicha designación, será objeto de investigación disciplinaria, de acuerdo con las normas legales vigentes.*

*Los jurados están en la obligación de entregar el mismo día las actas de escrutinio parcial con sus soportes así: los de la Sede Central, en la Secretaría General; los de las Sedes Seccionales ante el respectivo Decano.*

*Los Decanos deberán remitir a la Secretaría General los documentos soportes de la elección a más tardar al día hábil siguiente a esta. Los resultados de las actas de escrutinio parcial, serán enviados a la Secretaría General por los respectivos Decanos de las Facultades Seccionales el mismo día de la elección*<sup>17</sup>. (Subrayas fuera de texto".

La anterior norma se desarrolló en el artículo 11 de la Resolución N° 5121 de 2014 la cual consagró:

*"Artículo 11: Mediante Resolución rectoral se nombrarán por cada mesa de votación tres (3) jurados, que serán escogidos entre los profesores que prestan sus servicios en la Universidad, quienes están en la obligación de firmar las actas de escrutinio parcial en la mesa donde fueron asignados.*

*Parágrafo 1º: El nombramiento de jurado será de forzosa aceptación y es indelegable. En caso de no cumplimiento con dicha designación, sin que medie justificación al respecto, dicha conducta será objeto de investigación disciplinaria de acuerdo con las normas legales vigentes. Los jurados están en la obligación de entregar el mismo día de la elección las actas de escrutinio parcial con todos los soportes y en las sedes seccionales, deben enviar los resultados vía fax". (Subrayas fuera de texto).*

La Sala encuentra que las disposiciones en cita se materializaron a cabalidad en el caso concreto, pues en el expediente obra prueba documental y testimonial que acreditan que el acta parcial de escrutinio correspondiente a las elecciones de Representante de Egresados de la UPTC llevadas a cabo en la ciudad de Yopal fueron remitidas por medios electrónicos a la sede central de la universidad el mismo día en el que se celebraron las elecciones. Veamos:

A Folios 113 y 190 obra el acta de escrutinio parcial que reposa en los archivos de la UPTC y la cual contiene los siguientes resultados:



Como puede observarse la prueba documental allegada da cuenta, sin tachones ni enmendaduras de algún tipo, que el acta de escrutinio parcial remitida por medios electrónicos contiene con exactitud los resultados obtenidos en el Cread de Yopal.

Ahora bien, es un hecho aceptado tanto por el demandante como por el demandado que el acta parcial de escrutinio

16 Sentencia C-142 de 2001 C. P. Eduardo Montealegre Lynett.

17 Folio 63 del expediente.

contentiva de los resultados de la elección del Representante de Egresados fue enviada a la Secretaría General de la UPTC por fax y por correo electrónico el día de las elecciones.

Por su parte, en las Actas N° 32 y 33 de diciembre de 2014, así como en el Acta N° 02 de febrero de 2015 del Comité Electoral, visibles a folio 59 y siguientes, se reconoce que los resultados de la elección del Representante de Egresados en Yopal fueron enviados vía correo electrónico y por fax el día 3 diciembre de 2014.

A lo anterior se suma, que los **jurados de votación, que suscribieron el acta parcial transcrita y quien fungieron como testigos en el proceso electoral de la referencia**<sup>18</sup>, coincidieron en afirmar que el acta de escrutinio parcial fue enviada por medios electrónicos el mismo día de las elecciones y que aquella no tenía ninguna alteración o anomalía alguna. Así pues, el señor Guillermo Galindo manifestó:

**“Pregunta:** ¿Tiene Ud. Conocimiento de si el acta parcial de escrutinio fue enviada por algún medio electrónico?

**Rta.:** *“Sí claro se envió como lo dicta la norma a la Secretaría General de la UPTC en Tunja, se reportó vía fax y correo electrónico a la Secretaría General dirigida a la doctora Zulma Moreno”.*

Frente al mismo tema, el señor José Weimar González Pulido sostuvo:

**“Pregunta:** ¿Tiene Ud. Conocimiento de si el acta parcial de escrutinio fue enviada por algún medio electrónico. En caso afirmativo, indique cuál, quién realizó esa actividad y a qué hora aproximadamente?

**Rta.:** *“El Coordinador del Cread es la persona que se encuentra allá Jorge Barrera y fue más o menos aproximadamente a las 6: 55 o 6; 10 que fue cuando terminamos, pero no tengo exactamente la hora, pero ya cuando, vuelvo a repetir, cuando el señor que actuaba como garante del candidato dio el aval de que todo estaba perfecto, fue cuando le preguntamos si tenía alguna observación o algo y dijo que no, que todo estaba perfecto”*

**Pregunta:** *¿Por fax fue enviada la documentación?*

**Rta.:** *“Sí creo que por correo electrónico fue enviada a la Secretaría General y quedó una copia en el Cread que coincide con la misma”*

Al respecto, la señora Derly Poveda aseveró:

<sup>18</sup> En efecto, los Señores Guillermo Galindo, José Weimar González y Derly Poveda fungieron como jurados de votación de la elección del Representante de Egresados en la ciudad de Yopal, y por ello, fueron los únicos testimonios solicitados por las partes del proceso de la referencia.

**“Pregunta:** ¿Tiene Ud. conocimiento si el acta parcial de escrutinio fue enviada por algún medio electrónico. En caso afirmativo, indique cuál, quién realizó esa actividad y a qué hora aproximadamente?

**Rta.:** *“Sí señor, inmediatamente se hizo el escrutinio se envió a través de correo electrónico por parte de la Coordinación del Cread de Yopal a la Secretaría General de la UPTC y luego esa misma acta se envió a través de un fax”.*

**Pregunta:** *¿Quién físicamente envió el fax y el correo?*

**Rta.:** *“A través de la Coordinación del Cread, el profesor Jorge Barrero, quien era el Coordinador”.*

De lo anterior se desprende que aun cuando el material electoral físico proveniente de la ciudad de Yopal desapareció debido al hurto, en el expediente está plenamente demostrado que al momento de la elección, las directivas de la universidad ya tenían conocimiento de los resultados obtenidos en la ciudad de Yopal, pues como se demostró el acta parcial de escrutinio reposaba en las dependencias de la UPTC desde el mismo día de las elecciones.

Así las cosas, es evidente que la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 275 del CPACA no se materializa, pues aunque el material electoral físico de la ciudad de Yopal fue hurtado, el acta parcial remitida por medios electrónicos permite dar cuenta con certeza cuantos fueron los votos depositados y cuál fue la votación obtenida para candidato.

No escapa a la Sala, que en la demanda se cuestiona la validez del acta parcial remitida por correo electrónico y por fax. No obstante, como se explicará a continuación, este documento goza de plena validez y legitimidad. Veamos:

En **primer lugar**, de acuerdo con la Ley 527 de 1999 los mensajes de datos producen plenos efectos jurídicos, de forma tal que el artículo 243 del C. G. P. los reconoce como “documentos” y, en consecuencia, pueden servir como prueba idónea del acaecimiento de un hecho o situación.

En **segundo lugar**, en el caso concreto, el mensaje de datos contentivo del acta parcial de escrutinio y el fax recibido en la Secretaría General de la UPTC, es un documento del cual se tiene plena certeza sobre las personas que lo han elaborado, manuscrito o firmado<sup>19</sup>, pues los testigos coincidieron en afirmar que ellos suscribieron el acta parcial de escrutinio, a lo cual se suma que nadie puso en tela de juicio dicho escrito, pues aquel no fue cuestionado ni tachado de falso.

En **tercer lugar**, en la época de la tecnología y de las comunicaciones es totalmente viable que parte de una actuación administrativa se surta por medios electrónicos, en este caso, a través del envío de mensajes de datos a través de correo electrónico y fax.

<sup>19</sup> En los términos del artículo 244 del Código General del Proceso.

En efecto, la primera parte del CPACA y en especial los artículos 53 y siguientes contienen una serie de lineamientos tendientes a materializar la realización del procedimiento administrativo por medios electrónicos, pues de hecho su finalidad es *"permitir hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones"*<sup>20</sup>.

En consecuencia, nada obsta para otorgarle plena validez al acta de escrutinio parcial enviada desde el Cread de la ciudad de Yopal por correo electrónico y por fax, y por ende, aceptar y tener como ciertos los datos ahí plasmados.

**En cuarto lugar**, debido a que los tres testigos coincidieron en afirmar que el acta enviada por mecanismos electrónicos corresponde de forma unívoca con la suscrita por ellos y que los resultados ahí plasmados respondían de forma fidedigna al conteo de votos realizado.

Al respecto el señor Guillermo Galindo frente a la pregunta *"¿Usted suscribió el acta de escrutinio?"* respondió *"Claro, se firmó"*

Por su parte la señora Derly Poveda sostuvo:

**"Pregunta:** ¿Qué mecanismo utilizaron los jurados de votación para realizar el conteo de votos?

**Rta.:** *"Primero se verificó cuantos estaban en el listado de quienes habían votado, luego se abrió la urna, se contaron los votos sin conocer para quien iba el voto simplemente se contaron y luego se hizo una rectificación de los votos porque según el listado porque como que sobran votos, entonces se hizo la verificación como un recuento y se verificó el mismo número de votos con el mismo número de sufragantes, luego los dividimos, los abrimos, desdoblamos los votos y los seleccionamos por candidatos, fuera voto en blanco, voto nulo, los contamos y eso fue lo que se registró en el acta"*. (Subraya la Sala).

Bajo este panorama, no queda duda que **incluso antes de la comisión del delito, ya existía certeza** acerca de: i) el total del número de votos depositados en Yopal y ii) en que cantidad dicha votación correspondió a cada candidato, pues el acta parcial enviada por medios electrónicos permitió conocer dichas cifras, y por ello, para la Sala se satisfizo a cabalidad la transparencia y probidad del proceso electoral enjuiciado.

En consecuencia, es claro que no se materializa la causal de nulidad invocada, porque aunque en efecto el material electoral fue hurtado, la finalidad de la norma no fue transgredida, habida

cuenta que la universidad, previo a la comisión del delito, tenía plena convicción acerca de cuáles fueron resultados obtenidos en la elección de Representantes de Egresados en la ciudad de Yopal, razón por la cual el cargo no se encuentra probado.

#### 4.2 Nulidad por la causal contemplada en el numeral 3 del CPACA

Una vez decantado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si se configuró la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 275 del CPACA, porque el acta de escrutinio parcial de las votaciones del 3 de diciembre de 2014 realizadas en el Cread de la UPTC en la ciudad de Yopal registró información falsa debido a que: i) hubo mayores votos que votantes y ii) se presentó duplicidad en la votación.

La causal de nulidad invocada establece:

**"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:*

(...)

*3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales".*

A juicio del demandante, el acto acusado en nulo porque el acta de escrutinio parcial de las votaciones de Yopal contiene datos contrarios a la verdad, ya que: i) el número de votos ahí registrados no correspondía con la cantidad de personas que sufragaron, y ii) se presentó duplicidad en la votación, toda vez que las personas que votaron en Sogamoso también lo hicieron en Yopal.

Sea lo primero precisar, que cuando se invoque la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 275 del CPACA es necesario que el demandante señale con toda claridad, cuales son aquellos datos contrarios a la verdad que se consignaron en el documento electoral, pues debido a la amplitud de la norma, no basta solo con afirmar que determinado documento electoral contiene información apócrifa, sino que es menester establecer cuáles son esos datos falsos, y por supuesto, probar dicha afirmación.

En el caso concreto, el demandante aduce que el acto de elección es nulo, porque los documentos electorales, especialmente el acta parcial de escrutinio de la ciudad de Yopal contiene datos contrarios a la verdad, debido a que el número de votos ahí registrados no correspondía con la cantidad de personas que realmente sufragaron, de forma tal que hubo mayor número de votos que de votantes, lo cual se corrobora, según su criterio, con el supuesto aumento de la votación en un 300% en dicho municipio.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Los Medios Electrónicos en la Ley 1437 de 2011, Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Página 245. Disponible en línea en: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2011si/LIBRO\\_MEMORIAS\\_Nuevo\\_CCA.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2011si/LIBRO_MEMORIAS_Nuevo_CCA.pdf)

Al respecto encuentra la Sala que dicho vicio no se está acreditado en el sub examine, toda vez que, no hay ninguna prueba que de la cual se puede inferir que los datos plasmados en el acta parcial son contrarios a la verdad. De hecho de la prueba testimonial recaudada se puede arribar a la conclusión contraria, puesto que si bien en un primer conteo los resultados no coincidieron, los jurados de conformidad con la normativa universitaria<sup>21</sup>, procedieron a realizar un nuevo conteo después del cual se obtuvo una equivalencia entre votos y personas votantes.

Al respecto señalaron los jurados:

Frente a la pregunta que *¿Qué mecanismo utilizaron los jurados de votación para realizar el conteo de votos?*, el señor Guillermo Galindo manifestó: *“Una vez terminado el proceso se verificó en la lista de votantes los resaltados, se contó y ahí hubo veedores también, en el momento del escrutinio hizo presencia el señor Gustavo Hernández que antes había estado presente en el proceso y verificamos que, hicimos verificado existente en el listado resaltado y luego procedimos a destapar los votos contándolos en un conteo inicial faltaba, no coincidían el número de papeletas con el numero registrado en la lista, en un segundo conteo de las papeletas de los votos ya fueron exactas las cifras”*.<sup>22</sup>

Respecto al mismo cuestionamiento la señora Derly Poveda señaló: *“Primero se verificó cuantos estaban en el listado de quienes habían votado, luego se abrió la urna, se contaron los votos sin conocer para quien iba el voto simplemente se contaron y luego se hizo una rectificación de los votos porque según el listado (sic) porque que sobraban votos, entonces se hizo la verificación como un reconto y se verificó el mismo número de votos con el mismo número de sufragantes, luego los dividimos, los abrimos, desdoblamos los votos y los seleccionamos por candidatos, fuera voto en blanco, voto nulo, los contamos y eso fue lo que se registró en el acta”*.

Por su parte, el señor José Weimar Pulido respecto a la pregunta *“De cuenta al Despacho de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo la elección de egresados en la ciudad de Yopal”* contestó (...) *a las 5 de la tarde teníamos que cerrar la mesa, hicimos todo el proceso (...) en ese momento apareció una persona de las que había estado presente a las 11 de la mañana, lo recordamos era el señor Gustavo Hernández, se presentó digamos como*

*veedor del candidato Oriol Ramos para la verificación del conteo de votos. Bajo la presencia de él nosotros hicimos el conteo, hubo un error en una primera votación, lo volvimos a hacer, asumimos que él era el veedor del señor Oriol Ramos, el señor Gustavo Hernández verificó el listado y que todo estaba correcto (sic), se hizo el conteo en más o menos una hora duramos, pusimos en evidencia todo de lo que se había realizado al señor, le dijimos ¿tiene alguna inquietud o situación que no le favorezca? dijo que no, que todo estaba perfecto, hizo una llamada, no sabemos exactamente a quienes, pero dio a conocer la situación y tranquilidad de votos y que el proceso que se había realizado en ese momento estaba legalmente constituido, posteriormente sacamos las actas, firmamos los jurados y, en ese instante, a eso de las 6 más o menos, enviamos los resultados vía correo electrónico a la Secretaría General de la Universidad, es decir, que tan pronto se dieron los resultados enviamos y fax vía fax también los enviamos, y dejamos una copia íntegra en Yopal y guardamos lo relacionado con la documentación que sobró, tanto los listados, los votos marcados y no marcados, todo lo correspondiente y lo guardamos en un sobre manila que yo tomé, pues como habíamos enviado los resultados yo tenía un maletín portátil de mano, entonces lo guardamos y ya ese día transcurrió de esa manera”*.

Así pues, es claro que contrario a lo afirmado por el demandante no existe ninguna prueba de la cual se pueda inferir el supuesto exceso en la votación, pues lo único que se acreditó es que un principio, por un error humano las cifras de N° de votos y N° de personas votantes no coincidieron, pero después de la rectificación las cifras fueron exactas.

Por su parte, respecto a la supuesta duplicidad en la votación porque las personas que votaron en Sogamoso también lo hicieron en la ciudad de Yopal, la Sala encuentra que dicho cargo tampoco está demostrado, pues no hay ninguna prueba o indicio que permita afirmar que uno o varios sufragantes de la ciudad de Sogamoso se dirigieron a la ciudad de Yopal con el objetivo de ejercer el derecho al voto nuevamente, es decir, el demandante no suplió la carga de la prueba al respecto, pues se limitó a realizar afirmaciones sin sustento probatorio.

Así las cosas, toda vez que, el demandante no agotó la carga probatoria correspondiente, el vicio endilgado no prospera.

#### 4.3 La expedición irregular del acto

La causal de nulidad de la **expedición irregular** se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección señaló que:

*“Dicho vicio corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en*

21 La guía de jurados de votación de la UPTC establece *“Conteo: una vez terminada la elección, los jurados procederán a abrir la urna y adelantaran las siguientes acciones: Efectuar el conteo de las tarjetas electorales sin desdoblarlas. Se deberá confrontar que la cantidad de las tarjetas electorales, sea igual al número de personas que sufragaron en la mesa. Si el número de tarjetas depositadas en la urna es mayor, se deberá revisar nuevamente la cantidad. Si la diferencia continua deberán introducirse todas las tarjetas nuevamente en la urna y se procederá a sacar al azar tantas tarjetas sean las excedentes, sin mostrar por quien se sufragó, para incinerarlas de inmediato dejando constancia de lo ocurrido. Si la cantidad de tarjetas depositadas en la urna es menor o igual se procede a realizar el escrutinio”*.

22 Transcripción de la declaración rendida contenida en el cd que hace parte integral de la audiencia de pruebas.

*la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva. Y, según se dijo en precedencia, por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo*<sup>23</sup>.

Para el demandante la causal descrita en precedencia se configuró en el caso concreto porque:

- i) el Comité Electoral no realizó el escrutinio general durante los tres días hábiles siguientes al día de la votación tal y como lo estipula la Resolución N° 2735 de 2006,
- ii) los documentos relacionados con el proceso electoral adelantado el 3 de diciembre de 2014 en el Cread de la ciudad de Yopal, debían estar a la guarda del decano de dicha facultad y no a cargo del profesor José Weimar González, pues así lo dispone el artículo 12 de la Resolución N° 2735 de 2006,
- iii) se dio valor a un acta parcial enviada vía fax, cuando es claro que el conteo debe realizarse exclusivamente con las actas originales, y
- iv) se desconoció el artículo 16 de la Resolución N° 2735 de 2006, toda vez que, se declaró la elección del demandado aunque aquel no tenía la mayor cantidad de votos válidamente emitidos.

Así las cosas, procede la Sala a estudiar si el acto acusado se profirió con expedición irregular, toda vez que, desconoció el procedimiento que le impuso la normativa universitaria contenida en la Resolución N° 5121 de 2014, en la Resolución N° 2735 de 2006 y en el Acuerdo Superior N° 066 de 2005.

#### 4.3.1 Respetto al plazo para realizar los escrutinios generales

Uno de los aspectos más importante a la hora de verificar si un acto se profirió con expedición irregular, es determinar cuál es la norma a la que el procedimiento administrativo debió ceñirse, es decir, es necesario tener plena claridad sobre el trámite que la ley y/o la Constitución previeron para la expedición de un determinado acto, ya que solo en esa medida se puede examinar si se presentó o no alguna anomalía.

En el caso concreto dicha verificación deberá realizarse de cara con la normativa universitaria, toda vez que, la autonomía universitaria consiente que exista un procedimiento especial, contenido en las disposiciones internas, para la designación de sus autoridades, en este caso, para la elección de uno de los miembros del Consejo Superior Universitario<sup>24</sup>.

23 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de marzo de 2007, radicado N°11001-03-28-000-2006-00172-01(4120). C. P. Darío Quiñones Pinilla.

24 En este sentido se pronunció la Sección en providencias recientes de

En efecto, a través de la Resolución 2735 de 2006<sup>25</sup> se reglamentó la elección del Representante de Egresados, dicho acto fue complementado por la Resolución N° 5121 de octubre de 2014<sup>26</sup>, pues en aquella se convocó a la comunidad universitaria para la elección que hoy nos ocupa y se establecieron los lineamientos que debían regir la elección del Representante de Egresados acusada.

Es de anotar que ambas resoluciones tienen disposiciones que se ocupan de regular el plazo en el cual debía realizar el escrutinio. Veamos:

La Resolución N° 2735 de 2006, modificada por la Resolución 2347 de 2008<sup>27</sup>, en su artículo 15 establece:

*"Artículo 15: Los escrutinios generales se llevarán a cabo en la Secretaría General de la Universidad, por el Presidente y demás miembros del Comité Electoral, durante los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la elección".* (Subrayas fuera de texto).

Por su parte, la Resolución N° 5121 de 2014 2 "Por la cual se convoca a elección del Representante de los EGRESADOS, ante el CONSEJO SUPERIOR de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia" en su artículo 13 dispone:

*"Los escrutinios generales se llevarán a cabo durante los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la elección, en la Secretaría General de la universidad, por el Presidente y demás miembros del Comité Electoral".*<sup>28</sup> (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, es claro que al procedimiento de elección del señor Rondón González le eran plenamente aplicables las disposiciones en cita.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las elecciones se adelantaron el día 3 de diciembre 2014, el escrutinio general debió llevarse entre los días 9 a 11 de diciembre de esa anualidad de conformidad con la normativa universitaria. Sin embargo, a folios 51 a 58 obra el Acta N° 2 del Comité Electoral, la cual da cuenta que dicho órgano realizó el escrutinio general de las votaciones para Representante de Egresados el día 4 de febrero de 2015<sup>29</sup>.

rectificación jurisprudencial al avalar la existencia de un procedimiento especial contenido en las disposiciones internas, las referidas sentencias son: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de octubre de 2015, radicado 11001-03-28-000-2015-00011-00, C. P. (e) Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de octubre de 2015, radicado 11001-03-28-000-2015-00007-00, C. P. Alberto Yepes Barreiro.

25 "por la cual se adopta el reglamento para la elección del representante de los egresados de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, ante el consejo Superior Universitario".

26 "Por la cual se convoca a elección del Representante de los EGRESADOS, ante el CONSEJO SUPERIOR de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia".

27 Obrante a folio 66 del expediente.

28 Folio 278 del Expediente.

29 A folio 59 es visible el acta de escrutinio general cuya fecha data del 4 de febrero de 2015.

Pese a que el retardo en la realización del escrutinio general es evidente, lo cierto es que aquel está plenamente justificado<sup>30</sup>, comoquiera que el conteo general de votos se llevó a cabo en una fecha distinta a la estipulada en el procedimiento, por razones ajenas a la universidad ya que, con ocasión del hurto de los documentos electorales proveniente de la ciudad de Yopal, las directivas consideraron que, previo a tomar cualquier decisión, era menester estudiar detenidamente las situaciones particulares que rodeaban dicha elección.

En efecto, en el expediente obra prueba de que el Comité Electoral se reunió el día 9 de diciembre de 2015 con la finalidad de realizar el escrutinio general, pero en dicha sesión se determinó que el conteo general de los votos se realizaría el día 10 de diciembre en espera a que los documentos originales de la elección llevada a cabo en las seccionales de Chiquinquirá, Sogamoso y en el Cread de Yopal<sup>31</sup> arribaran a la ciudad de Tunja.

Por su parte, a folio 102 a 104 obra el Acta de sesión del Comité Electoral N° 33 del 10 de diciembre de 2014, en el cual dicho órgano al tener conocimiento del hurto de los documentos electorales decide, entre otros, suspender el proceso de elección y elevar una consulta ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Como consecuencia de lo anterior:

- i) se elevó consulta a la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 108),
- ii) se solicitó a la Procuraduría General de la Nacional –Regional Boyacá- investigara los hechos acaecidos,
- iii) se pidió investigación de los hechos al vicerrector académico (fl. 110),
- iv) se solicitó al Decano de la Facultad de Educación a Distancia, por estar a cargo del Cread de Yopal, explicaciones respecto a la situación. (Fl. 111).

Nótese como la modificación en la fecha estipulada en la convocatoria contenida en la Resolución N° 5121 de 2014, no se debió a la desidia de la universidad, sino al acaecimiento de un hecho imprevisible e irresistible que alteró el curso normal de la actuación administrativa, razón por la cual no podía sujetarse de forma estricta al plazo establecido en las disposiciones universitarias.

Al respecto, la Sección Quinta en reciente pronunciamiento determinó que:

“En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos:

(...)

*En caso de fuerza mayor o caso fortuito: Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial*<sup>32</sup>.

Bajo este panorama, aunque es cierto que la resolución a través de la cual se convocó a la comunidad académica para que participara en la elección del Representante de Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la UPTC, esto es la Resolución N° 5121 de 2014, especificó que el escrutinio general se realizaría a los 3 días hábiles siguientes a la elección, lo cierto es que acaeció un hecho extraño al querer de la universidad, imprevisible e irresistible que permitía modificar el lapso inicialmente fijado.

A lo anterior se suma, que si bien la fecha fue modificada, esa alteración no tiene la virtualidad de afectar la legalidad del acto acusado, porque que **no todo vicio en la formación del acto administrativo deriva en la nulidad de aquel**, pues “no todas las formas tienen un mismo alcance o valor en la expedición del acto administrativo”<sup>33</sup>, razón por la cual no puede caerse en el legalismo extremo de señalar que cualquier desatención en el procedimiento puede poner en duda la legalidad del acto.

En efecto, se ha sostenido que solo los vicios medulares en la formación del acto generan su nulidad, en otras palabras “solo en los casos en los que las formalidades o trámites que puedan calificarse como sustanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto, pues de lo contrario se caería en un excesivo y nocivo formalismo”<sup>34</sup>.

Bajo estas consideraciones, es claro que la modificación en la fecha en la que se realice el escrutinio, no es un vicio que tenga incidencia en la elección, pues aquel no es consustancial a la validez del acto.

En consecuencia, el cargo por expedición por desconocimiento de la normativa universitaria respecto al plazo para realizar el escrutinio general no prospera.

#### 4.3.2 Respecto a la guarda de los documentos electorales

Recuérdese que para el demandante se vulneró la Resolución N° 2735 de 2006 en su artículo 12, porque los documentos

30 La Sección Quinta en sentencia del 3 de agosto de 2015 radicado 110001-03-28-000-2014-128-000 CP. Alberto Yepes Barreiro determinó que los términos de las convocatorias podrían modificarse en si acaecía una situación constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

31 Acta N° 32 del comité electoral del 9 de diciembre de 2014 folio 100 del expediente.

32 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015 radicado 110001-03-28-000-2014-128-000 C. P. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Jhon Efrén Barrera.

33 Betancourt Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo. Ed. Señal Editora. Bogotá. 2014. Pág. 295.

34 Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis. Bogotá 2013. Pág. 326

electorales debían estar a la guarda del decano y no del profesor José Weimar González Pulido.

La norma que se considera desconocida contempla:

*"Artículo décimo segundo. Mediante Resolución Rectoral se nombrarán por cada mesa de votación tres jurados, que serán escogidos entre los profesores que prestan su servicio a la Universidad, quienes están en la obligación de firmar los respectivos formularios del acta de escrutinio parcial, de la mesa a la cual fueron asignados.*

*Parágrafo. El nombramiento de jurado será de forzosa aceptación y es indelegable. En caso de no cumplimiento con dicha designación, será objeto de investigación disciplinaria, de acuerdo con las normas legales vigentes. Los jurados están en la obligación de entregar el mismo día las actas de escrutinio parcial con sus soportes así: los de la Sede Central, en la Secretaría General; los de las Sedes Seccionales ante el respectivo Decano.*

*Los Decanos deberán remitir a la Secretaría General los documentos soportes de la elección a más tardar al día hábil siguiente a esta. Los resultados de las actas de escrutinio parcial, serán enviados a la Secretaría General por los respectivos Decanos de las Facultades Seccionales el mismo día de la elección<sup>35</sup>.*

Al respecto, la Sala reitera lo expuesto en precedencia en lo que concierne a la incidencia en el vicio de la elección, pues se recuerda que no toda anomalía en la formación del acto deriva en su nulidad, sino solo aquellos vicios que sean sustanciales tienen la virtualidad de afectar la legalidad de la elección.

Así las cosas, es evidente que el vicio endilgado no tiene la entidad suficiente como para afectar la legalidad de la Resolución N° 0683 de 2015, pues en nada impacta el contenido del acto de elección que los documentos electorales estén a la guarda de A, B o C, razón por la cual sostener que solo el decano podía resguardar los documentos electorales implicaría caer en un rigorismo extremo de la norma que no es acompañado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Asimismo, la Sección desea resaltar que la norma que se dice como desconocida, no es aplicable al caso concreto, porque el Cread carece de la figura del decano, y por ello, en la ciudad de Yopal los documentos no tenían que estar a la guarda de dicho servidor. En efecto, todos jurados de votación, que rindieron testimonio, coincidieron en afirmar que guardaron y transportaron hacia la ciudad de Tunja los documentos electorales, porque en la ciudad de Yopal no existe Decano, por ser un Cread<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Folio 63 del Expediente.

<sup>36</sup> De la prueba testimonial recaudada se puede colegir que los jurados de votación guardaron los documentos electorales, porque en la ciudad de Yopal no existía una persona encargada para el efecto.

Al respecto, es diciente lo afirmado por el señor José Weimar González Pulido quien a la pregunta "¿Por qué tenía usted esos documentos y no los tenía el Decano?" respondió:

*"Porque allá es un CREAD doctor, y allá no hay Decano, el Decano se encuentra en Tunja, entonces por eso los cogí porque como yo tenía el maletincito (sic) para no dañar los elementos, pero pues digamos que no lo creímos, sí importante pero no prioritario porque ya que habíamos enviado la información con todos los resultados y las actas y ya había habido aval de una persona que estaba allí verificando todo el proceso, sin embargo, dijimos lo llevamos y yo me encargué de llevarlos porque no hay Decano allá sino un CREAD, porque el Decano se encuentra en la sede central que es en Tunja".*

Lo anterior se corrobora al revisar la estructura de la UPTC, de la cual se deriva que, académicamente, dicha universidad está integrada, entre otras, por una facultad denominada "Facultad de Estudios a Distancia", conocida por sus siglas como Fesad la cual, cuyo nombre lo indica, tiene como finalidad propiciar la educación superior de manera no presencial.

Dicha facultad, según el artículo 2º del Acuerdo 121 de 2006 de la UPTC<sup>37</sup>, está integrada, entre otros, por los "Centros Regionales de Educación a Distancia-CREADS", que según el artículo 14 ibídem "son unidades administrativas que apoyan el desarrollo de las actividades de la Facultad en las regiones y tendrán un Coordinador, quien será vinculado como profesional administrativo, según normas vigentes y el número de estudiantes, así: tiempo completo más de ciento un (101) estudiantes; medio tiempo, menos de cien (100) estudiantes".

Así las cosas, es claro que el Cread al no ser una facultad ensimisma, sino parte integrante de la Facultad de Estudios a Distancia, no tiene un decano sino un coordinador, y por ello, no se podía exigir que los documentos estuvieran a la guarda de un servidor que físicamente no está disponible en el lugar de la elección.

Bajo los argumentos que preceden, es evidente que este reproche tampoco prospera.

#### 4.3.3 La validez del acta parcial de escrutinio y el presunto desconocimiento del 16 de la Resolución 2735 de 2006

Para el demandante, el acto es nulo porque se dio validez al acta parcial de escrutinio enviada por medios electrónicos, sin que este documento pudiera ser tenido en cuenta en el proceso de formación de la Resolución N° 683 de 2015, de forma tal que se vulneró el artículo 16 *ejusdem*, porque se declaró una elección que no contaba con la totalidad de los votos válidos.

<sup>37</sup> Disponible en [http://www.uptc.edu.co/secretaria\\_general/consejo\\_superior/acuerdos\\_2006/Acuerdo\\_121\\_2006.pdf](http://www.uptc.edu.co/secretaria_general/consejo_superior/acuerdos_2006/Acuerdo_121_2006.pdf)

La disposición que cita como incumplida contempla:

*“Artículo décimo sexto. Para ser declarado electo en esta elección se requerirá la mayoría de los votos válidamente emitidos”.*

La Sala observa que para el actor, el acto se expidió con desconocimiento de la norma transcrita, habida cuenta que los votos obtenidos por el demandado en la ciudad de Yopal no son válidos.

Teniendo en cuenta que respecto a la validez del acta parcial de escrutinio la Sala se pronunció en el acápite 4.1 de esta providencia al estudiar la causal de nulidad referente a la destrucción del material electoral, no es necesario realizar ninguna consideración adicional, sino únicamente reiterar que dicho documento tiene plena validez porque: i) se produjo antes del hurto, ii) los jurados de votación coincidieron en afirmar que las cifras ahí consignadas fueron las que obtuvieron los candidatos, iii) es un documento con plenos efectos probatorios, iv) el CPACA aprueba, regula y avala el uso de las TICS dentro de la actuación administrativa.

Así las cosas, con base en las consideraciones que preceden se puede concluir que este cargo no prospera.

#### 4.3 Violación del Derecho de Audiencia y Defensa

El demandante argumentó que la Resolución N° 0683 de 6 de febrero de 2015 está viciada de nulidad, porque se desconoció el derecho de audiencia y defensa debido a que las diversas reclamaciones que se elevaron ante el Comité Electoral de la UPTC, respecto a la votación de la ciudad de Yopal, no pudieron ser resueltas porque la universidad no contaba con los documentos para determinar si las irregularidades denunciadas eran ciertas o no.

Sea lo primero advertir que el artículo 137 del CPACA erige como causal autónoma de nulidad *“el desconocimiento del derecho de audiencia o defensa”*. Sin embargo, es claro que este vicio, al igual que el de expedición irregular, tiene relación intrínseca con el derecho al debido proceso, pues ambos reprochan que en la actuación administrativa se haya desconocido las *“formas”*.

En el caso concreto, la Sala encuentra que el acto de elección no fue expedido con desconocimiento del referido derecho, por las siguientes razones:

- i) El accionante en todo tiempo pudo ejercer veeduría sobre el proceso de elección, de forma tal de acuerdo con las disposiciones de la UPTC pudo elegir testigos electorales para todos y cada uno de los lugares en los que se iba a desarrollar la votación.

De hecho, según consta a folio 191 el actor designó testigos electorales para las ciudades

de Tunja, Duitama, Sogamoso, Bogotá, Soata, Garagoa y Chiquinquirá.

No obstante, a pesar de haber podido hacer lo propio en Yopal, también es un hecho probado que el señor Oriol Alberto Ramos Salazar no nombró testigos electorales para aquella ciudad, pues en efecto en el folio 4 de la demanda se observaba que *“(…) el señor Oriol Ramos Salazar, mi mandante, no tuvo testigo electoral en la elección de Yopal”*, y que por su parte en el folio 181 la UPTC afirmó *“(…) vale la pena señalar que si bien, el señor Oriol Ramos tenía el derecho de postular testigos electorales, en el listado por él allegado a la Secretaría General de la UPTC, no relacionó ningún testigo electoral para Yopal”*.

Así las cosas, es claro que el accionante en todo tiempo pudo verificar el desarrollo del proceso electoral, impugnar los votos en las diferentes mesas dispuestas y realizar las reclamaciones pertinentes, actuaciones que se abstuvo de realizar.

- ii) Ahora, según la normativa universitaria las inconformidades sobre el número de votos deben ponerse de presente por el testigo electoral en la mesa respectiva. En efecto, la citada norma establece *“ si existe impugnación de mesas o mesas sobre cualquier hecho en particular, el testigo debe presentar por escrito, durante el escrutinio parcial los bechos y pruebas objeto de inconformidad o impugnación debidamente firmada, la que se introducirá en los documentos de la mesa, para que el Presidente del Comité Electoral, quien realiza el escrutinio general, la revise y la de a conocer a dicha corporación, para decidir sobre la impugnación presentada en el desarrollo del proceso electoral”*<sup>38</sup> (Subraya la Sala).

De lo expuesto se deduce que el demandante pudo ejercer su derecho de audiencia y defensa, cosa diferente es que no haya hecho uso de él, pues es claro que al momento del escrutinio parcial en Yopal no efectuó reclamación alguna.

Ahora bien, no escapa a la Sala que el demandante mediante derecho de petición impugnó los votos obtenidos en la ciudad de Yopal; sin embargo, dicha oposición solo se realizó después de conocer que los documentos electorales habían desaparecido, pues sus quejas se radicaron en la universidad el día 17 de diciembre tal y como consta en el sello impuesto por la UPTC en el folio 76 del expediente, lo cual significa que se realizaron por fuera del escrutinio parcial.

<sup>38</sup> Guía de Jurados Electorales, obrante a folio 192.

- iii) El demandante estuvo presente en la sesión en la cual el Comité Electoral adelantó el escrutinio general y participó en ella realizando las denuncias pertinentes, las cuales fueron desatadas por los presentes en dicha sesión, pues así consta en el Acta N° 02 de 2015 visible a folio 53.

Por las razones expuestas, es claro que el acto acusado no se profirió con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y, por contera, dicho cargo tampoco prospera.

### 4.3 Falsa motivación

Finalmente, para la parte demandante el acto está incurso en falsa motivación de un lado, porque pese a que en la actuación administrativa no se acreditó que el número de votos obtenido por el demandado en la ciudad de Yopal hayan sido efectivamente los que se consignaron en el acta parcial, se procedió a declarar su elección y, por otro, porque se acogió el concepto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, aunque dicha autoridad no tenía competencia para proferir ningún pronunciamiento sobre la situación acaecida en las elecciones universitarias.

Respecto a la causal de nulidad por falsa motivación la doctrina ha precisado que aquella *"se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública"*<sup>39</sup>.

Por su parte, esta Sección<sup>40</sup> ha establecido que dicho vicio es el que *"se verifica cuando los fundamentos fácticos y/o jurídicos de la respectiva decisión se apartan de la verdad, como cuando el acto administrativo está apoyado en disposiciones jurídicas que no existen, ya porque no han sido expedidas, ora porque fueron retiradas del ordenamiento jurídico, pues se derogaron, se subrogaron, se abrogaron o se declararon nulas (siendo reglamentos) o inconstitucionales, o cuando ha sido construido con base en hechos que no han ocurrido. Este vicio afecta el elemento causal del acto administrativo"*<sup>41</sup>.

Asimismo se ha establecido que *"para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad"*<sup>42</sup>. Esto significa que corresponderá a la parte que alegue que un acto está viciado de falsa motivación demostrar el vicio endilgado.

39 Santofimio Gamboa, ob. cit., p. 401.

40 Al respecto en sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-28-000-2009-00037-00 C. P. Filemón Jiménez Ochoa se determinó que *"La falsa motivación como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando las razones fácticas o jurídicas (elemento causal del acto administrativo) en las que se edifica una decisión de la administración faltan o no corresponden a la verdad, como cuando se dicta con base en unos hechos que no ocurrieron o considerando unas normas que no forman parte del ordenamiento jurídico"*.

41 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación N° 11001-03-28-000-2010-00015-00. C. P.: Mauricio Torres Cuervo.

42 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 08 de septiembre de 2005, Radicación N° 2003-01806 -01 (3644), C. P.: Darío Quiñones Pinilla.

Bajo este panorama, la Sala encuentra que dicho vicio no se encuentra materializado en el caso concreto no solo porque el demandante, aun teniendo la carga de demostrar el reproche endilgado, se limitó a cuestionar la legalidad del acto sin pruebas que sustentaran su dicho, sino porque además no se evidencia que existe divergencia fáctica o jurídica entre lo expresado en el marco del procedimiento administrativo y lo que realmente aconteció en dicha actuación.

En efecto, si se parte de la base de que el acta de escrutinio parcial goza de plena validez, es claro que, contrario afirmado por el señor Ramos Salazar, el total de número de votos obtenidos por el demandado sí se acreditó en la actuación administrativa, y ese fue el resultado que se plasmó en el acto de elección.

Así las cosas, es claro que el Comité Electoral de la UPTC tuvo en cuenta el fundamento fáctico idóneo para expedir la Resolución N° 0683 de 2015 ya que contabilizó los votos obtenidos en las diferentes seccionales y determinó que el ganador era el señor González Rondón.

En suma, no se probó el cargo de falsa motivación y, por ello, aquel no prospera.

## 5. Conclusión

De lo expuesto en precedencia, se concluye que ninguno de los vicios endilgados a la Resolución N° 683 de 2015 se acreditó, razón por la cual se negarán las pretensiones demanda 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,

### FALLA

**Primero.** Negar las pretensiones de la demanda de nulidad contra la Resolución N° 0683 de 06 de febrero de 2015, a través del cual se designó a José Aquilino Rondón González como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario de la UPTC.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Rocío Arajiño Oñate**

Consejero de Estado

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

## NULIDAD - AUTOS

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - La resolución demandada no es un acto general ni tampoco definitivo pasible de control de nulidad/ MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - No puede recaer sobre actos preparatorios o de trámite, el acto debe tener el carácter de definitivo/INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA - El acto que rechaza o deniega la inscripción de una candidatura es un acto definitivo/ INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA - El acto que acepta la inscripción de una candidatura debe ser considerado un acto de trámite/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Rechazo de la demanda/INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA - El acto de inscripción es un acto de trámite en el proceso electoral que no es susceptible de control judicial**

Para poder determinar si el acto de aceptación de la inscripción un candidato a un cargo de elección popular es un acto de trámite o un acto administrativo, este debe ser estudiado a la luz de su significancia dentro del procedimiento administrativo electoral.

El procedimiento electoral corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular. En ese sentido, este consta de tres estadios o etapas, a saber: la preelectoral, la electoral y la poselectoral.

En desarrollo del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el inciso 4º del artículo 108 de la Constitución Política consagra el derecho de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos a inscribir candidatos, el cual fue regulado por el Legislador mediante el mecanismo de recolección de firmas.

Este mecanismo se encuentra desarrollado en los artículos 9º de la Ley 130 de 1994, y 28 de la Ley 1475 de 2011. De manera específica, la aceptación o rechazo de inscripciones

para candidaturas de cargos de elección popular se encuentra regulada en el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

De la lectura de estas disposiciones, se observa como la naturaleza del acto de inscripción de candidatos, en lo que respecta a su carácter definitivo o de trámite, varía según se trate del acto que acepta la inscripción del candidato o del acto que la rechaza, independientemente de que la inscripción se haya realizado a través del aval otorgado por los partidos o movimientos políticos o del mecanismo de recolección de firmas.

En efecto, el acto que acepta la inscripción de una candidatura debe ser considerado un acto de trámite porque este permite la continuación del procedimiento electoral, el cual culminará con la expedición del acto electoral por el cual se declara la elección.

Por tal razón, el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 no exige que este sea un acto motivado ni consagra la procedencia de recursos administrativos contra esta decisión. Consecuentemente, los vicios e irregularidades que puedan originarse en la aceptación de la inscripción de una candidatura, sin importar de que se trate de una inscripción realizada por el aval de un movimiento o partido político o por el mecanismo de recolección de firmas, deben ser cuestionados mediante el ejercicio de la acción de nulidad electoral dirigida contra el acto que declara la elección.

En cambio, el acto que rechaza o deniega la inscripción de una candidatura es un acto definitivo porque su expedición hace imposible para el candidato afectado participar en la contienda electoral y, por lo tanto, continuar con el normal curso del procedimiento administrativo electoral.

Por esta razón, el Legislador, en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, dispuso que dicho acto debe ser motivado y consagró la procedencia del recurso de apelación en su contra.

En similar sentido, la Sala Electoral de esta Corporación ha señalado que, en el marco del procedimiento para la revocatoria del mandato, no es demandable el acto por medio del cual se certifican y aprueban las firmas para su convocatoria,

por tratarse de un acto de trámite, sino que las irregularidades que puedan acontecer durante la etapa de recolección y certificación de firmas deben ser cuestionadas por medio del ejercicio de la acción de nulidad electoral dirigida contra el acto final de la elección para revocar o no el mandato.

En síntesis, el acto que acepta la inscripción de una candidatura para la elección de un cargo de elección popular, sin importar que esta se realice a través del aval de un partido o movimiento político o del mecanismo de recolección de firmas, debe ser considerado como un acto preparatorio o de trámite dentro del procedimiento electoral, el cual, consecuentemente, no es enjuiciable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En el caso *sub judice* el actor demanda la nulidad de la Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 proferida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por medio de la cual se revocó la decisión de rechazar la inscripción mediante el mecanismo de recolección de firmas del señor Pedro Vicente Obando Ordóñez como candidato a la Alcaldía de Pasto (Nariño) por el grupo significativo de ciudadanos “Movimiento Ciudadano por Pasto”.

Sin entrar a discernir sobre otros aspectos relacionados con la admisibilidad de la demanda, debe concluirse que, según lo expuesto, la demanda fue presentada contra un acto de trámite y no contra un acto definitivo, en la medida que el acto acusado tiene por objeto aceptar la inscripción de una candidatura a un cargo de elección popular, razón por la cual el Despacho procederá a rechazar la demanda instaurada.

Norma Demandada: Resolución 375 de 2015 (3 de octubre) Registraduría Nacional del Estado Civil (no suspendida)

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00027-00

Actor: Jaro Alberto Ramírez Santacruz

Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil y otro

Procede el Magistrado Sustanciador<sup>1</sup> a pronunciarse respecto de la admisibilidad de la demanda presentada por el actor Jaro Alberto Ramírez Santacruz en ejercicio del medio de control de nulidad (artículo 137 del CPACA) contra la Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 proferida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

<sup>1</sup> La competencia para proferir esta decisión radica en el Magistrado Ponente y no en la Sala por lo dispuesto en el artículo 125 del CPACA.

## I. ANTECEDENTES

El diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), recibida en este Despacho el veintituno (21) del mismo mes y año, en ejercicio del medio de control de nulidad (artículo 137 del CPACA), el señor Jaro Alberto Ramírez Santacruz presentó demanda contra la Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 proferida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuya parte resolutiva ordena:

*“Artículo primero. Revocar la decisión principal de la Resolución No. 008 de 16 de septiembre de 2015, expedidas por las Señoras Registradoras Especiales del Estado Civil de Pasto, de no aceptar la inscripción de la candidatura a la Alcaldía del Municipio de Pasto – Nariño del doctor Pedro Vicente Obando Ordóñez, Inscrito (sic) como candidato del Grupo Significativo de Ciudadanos “Movimiento Ciudadano por Pasto”, con ocasión que desapareció el pilar jurídico legal único y fundamental que les hizo tomar esa decisión. En su defecto aceptar, conforme al artículo 32 de la Ley 1475 de 2.011, con todos sus derechos y obligaciones, la inscripción formal del doctor Pedro Vicente Obando Ordóñez, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.203.417, como candidato a la Alcaldía Municipal de Pasto, para las elecciones del 25 de Octubre de 2.015, inscrito bajo la figura jurídica del Grupo Significativo de Ciudadanos “Movimiento Ciudadano por Pasto” de acuerdo al formulario E-6AL suscrito.*

*Artículo segundo: Devolver el presente asunto a la oficina de origen para lo de su competencia y especialmente proceda a:*

*1.- Dar cumplimiento y continuidad con el proceso electoral incluyendo como candidato al señor PEDRO VICENTE OBANDO ORDÓÑEZ, con todas sus actividades Constitucionales (sic), legales e internas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como máximo ente Colombiano (sic) de organizar las elecciones.*

*2.- Dar cumplimiento inmediato a lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – Sala Civil – familia, M. P. doctora Aida (sic) AIDA MÓNICA ROSERO GARCIA, en su sentencia de 02 de Octubre de 2.015, específicamente: “Segundo: ... que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de su notificación, incluya de forma definitiva en la correspondiente tarjeta electoral el nombre del accionante PEDRO VICENTE OBANDO Ordóñez como candidato a la Alcaldía Municipal de Pasto (Nariño), para su respectiva aprobación e impresión. Tercero: Levantar la medida provisional de suspensión del trámite y la publicación de la tarjeta electoral para la circunscripción electoral correspondiente a la Alcaldía de Pasto, proferida por la Magistrada Sustanciadora, el pasado 22 de septiembre, dentro de esta acción Constitucional (sic).*

**Artículo tercero:** *Citar por el medio más expedito al doctor Pedro Vicente Obando Ordóñez, para que en virtud del principio de celeridad de la Administración Pública, conforme al artículo 3º de la Ley 1437 de 2.011, proceda a la notificación del presente acto y pueda continuar con su campaña dada la proximidad de la fecha de elecciones”.*

En la demanda impetrada contra la legalidad de este acto el demandante formula los siguientes cargos:

i) *“Violación del derecho al debido proceso, al derecho de audiencia y contradicción en la actuación administrativa que conllevó a la expedición del acto administrativo demandado”:* A juicio del actor el acto demandado debe ser anulado porque la aceptación de la inscripción de un candidato a un cargo de elección popular es una actuación administrativa, que, si bien es generadora de un acto particular y concreto, tiene incidencia sobre los derechos de terceros –tales como los demás candidatos debidamente inscritos, sus partidos y movimientos políticos, y la ciudadanía en general–, razón por la cual, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 37 del CPACA,<sup>2</sup> esta actuación, a su sentir, debió haber sido comunicada a los terceros que pudieran verse directamente afectados por esta decisión.

Así mismo, el demandante sostiene que durante el transcurso de la actuación administrativa que concluyó con la aceptación de la inscripción por firmas del señor Pedro Vicente Obando Ordóñez como candidato a la Alcaldía de Pasto se vulneró el debido proceso porque al no haberse vinculado los terceros directamente afectados por la decisión, estos no pudieron controvertir las pruebas practicadas durante la actuación administrativa, en especial, los informes del Grupo de Firmas de la Dirección del Censo Electoral.

ii) *“El acto administrativo acusado infringe las normas en que debía fundarse”:* Bajo este cargo el demandante censura la legalidad del acto demandado porque en su expedición fueron desconocidos el artículo 9º de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011, y disposiciones de la Resolución No. 757 de 4 de febrero de 2011, modificada por la Resolución No. 7545 de 25 de agosto del mismo año, y de la Resolución No. 644 de 2015, modificada por la Resolución No. 1250 del mismo año, todas estas expedidas por el Registrador Nacional del Estado Civil, en relación con el procedimiento de presentación, revisión y validación de firmas para la inscripción de candidatos de agrupaciones

<sup>2</sup> *“Artículo 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente”.*

significativas de ciudadanos. En especial, considera que el acto debe ser anulado porque fueron validados 10.104 apoyos, por petición de la Procuraduría General de la Nación, a pesar de que, en sentir del actor, estos apoyos presentan uniprocedencia en la fecha en incumplimiento de las normas citadas.

iii) *“El acto administrativo acusado de nulidad incurrió en falsa motivación”:* Para sustentar este cargo el demandante alega que *“(…) la Resolución No. 375 de 2015 atacada de nulidad tiene falsedad en sus motivos, pues el informe del Grupo de Firmas de la Dirección del Censo Electoral en el cual se basa, es contrario a la realidad. En efecto existen 12.231 apoyos uniprocedentes, entre los cuales se encuentran los 10.104 que válido (sic) en su segundo informe dicha dependencia de la Registraduría. Tal circunstancia, sin duda, falseo (sic) los motivos del acto administrativo acusado e impone que sea declarada su nulidad”.*

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Planteamiento del problema jurídico

Para poder pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda presentada por el señor Jaro Alberto Ramírez Santacruz debe determinarse si el acto acusado, en este caso la Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 proferida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por medio de la cual se revocó la decisión de no aceptar la inscripción por firmas del señor Pedro Vicente Obando Ordóñez, como candidato del Grupo Significativo de Ciudadanos “Movimiento Ciudadano por Pasto” a la Alcaldía de Pasto (Nariño), es un acto de trámite, caso en el cual la demanda deberá ser rechazada, o uno definitivo, caso en el cual se podrá continuar con el estudio de su admisibilidad.

### 2.2. El acto de inscripción de candidaturas a cargos de elección popular

Para poder determinar si el acto de aceptación de la inscripción un candidato a un cargo de elección popular es un acto de trámite o un acto administrativo, este debe ser estudiado a la luz de su significancia dentro del procedimiento administrativo electoral.

El procedimiento electoral corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular. En ese sentido, este consta de tres estadios o etapas, a saber: la preelectoral, la electoral y la poselectoral. Al respecto la jurisprudencia de esta Sección ha señalado:

*“El proceso administrativo electoral da inicio con la inscripción de candidatos, la designación de jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral propiamente dicha (etapa preelectoral); de ella se ocupan los Títulos IV y V del Código Electoral. La segunda (etapa electoral) involucra la votación propiamente*

dicha y está regulada por el Título VI *ibidem*. Por último, la tercera (etapa poselectoral) comprende el escrutinio de votos, la proposición y resolución de reclamaciones y solicitudes de recuento, la de revisión de irregularidades ocurridas en la votación y escrutinio de votos (trámite que se impuso a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009), la declaratoria de elección y la consecuente expedición de credenciales; que se encuentra reglada en el Título VIII del Código Electoral y en el Acto Legislativo 01 de 2009<sup>3</sup>.

En desarrollo del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el inciso 4º del artículo 108 de la Constitución Política<sup>4</sup> consagra el derecho de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos a inscribir candidatos, el cual fue regulado por el Legislador mediante el mecanismo de recolección de firmas.

Este mecanismo se encuentra desarrollado en los artículos 9º de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011, los cuales ordenan:

**"Artículo 9º. Designación y postulación de candidatos.** 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.*

*Los candidatos no inscritos por partidos o por movimientos políticos deberán otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura para 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".*

**"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.*

*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.*

*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.*

*Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente baya fijado el Consejo Nacional Electoral". (La exequibilidad de los apartes subrayados fue condicionada mediante sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional).*

De manera específica, la aceptación o rechazo de inscripciones para candidaturas de cargos de elección popular se encuentra regulada en el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, el cual reza:

**"Artículo 32. Aceptación o rechazo de inscripciones.** La autoridad electoral ante la cual se realiza la inscripción verificará el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la misma y, en caso de encontrar que los reúnen, aceptarán la solicitud suscribiendo el formulario de inscripción en la casilla correspondiente.

*La solicitud de inscripción se rechazará, mediante acto motivado, cuando se inscriban candidatos distintos a los seleccionados mediante consultas populares o internas, o cuando los candidatos hayan participado en la consulta de un partido, movimiento político o coalición, distinto al que los inscribe. Contra este acto procede el recurso de apelación de conformidad con las reglas señaladas en la presente ley.*

<sup>3</sup> Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 76001-23-31-000-2011-01791-02. Sentencia de 10 de abril de 2014. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>4</sup> "Artículo 108. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> (...) "Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos (...)"

*En caso de inscripción de dos o más candidatos o listas se tendrá como válida la primera inscripción, a menos que la segunda inscripción se realice expresamente como una modificación de la primera”.*

De la lectura de estas disposiciones, se observa como la naturaleza del acto de inscripción de candidatos, en lo que respecta a su carácter definitivo o de trámite, varía según se trate del acto que acepta la inscripción del candidato o del acto que la rechaza, independientemente de que la inscripción se haya realizado a través del aval otorgado por los partidos o movimientos políticos o del mecanismo de recolección de firmas.

En efecto, el **acto que acepta la inscripción de una candidatura debe ser considerado un acto de trámite** porque este permite la continuación del procedimiento electoral, el cual culminará con la expedición del acto electoral por el cual se declara la elección. Por tal razón, el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 no exige que este sea un acto motivado ni consagra la procedencia de recursos administrativos contra esta decisión. Consecuentemente, los vicios e irregularidades que puedan originarse en la aceptación de la inscripción de una candidatura, sin importar de que se trate de una inscripción realizada por el aval de un movimiento o partido político o por el mecanismo de recolección de firmas, deben ser cuestionados mediante el ejercicio de la acción de nulidad electoral dirigida contra el acto que declara la elección.

En cambio, **el acto que rechaza o deniega la inscripción de una candidatura es un acto definitivo** porque su expedición hace imposible para el candidato afectado participar en la contienda electoral y, por lo tanto, continuar con el normal curso del procedimiento administrativo electoral. Por esta razón, el Legislador, en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, dispuso que dicho acto debe ser motivado y consagró la procedencia del recurso de apelación en su contra.

Sobre el carácter preparatorio o de trámite del acto de aceptación de la inscripción de una candidatura ha precisado la Sala en anterior ocasión:

*“Al respecto es preciso anotar: el acto de inscripción es preparatorio dentro de una actuación que culmina con el acto que declara la elección, acto definitivo, que puede ser objeto de control de legalidad a través de la acción de nulidad electoral ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por ello el acto de inscripción no es atacable en forma directa, ya que cualquier examen o revisión sobre su juridicidad solo es posible cuando se demanda conjuntamente con el acto final, en tanto su cuestionamiento sea parte de los cargos contra este”<sup>5</sup>.*

En similar sentido, la Sala Electoral de esta Corporación ha señalado que, en el marco del procedimiento para la revocatoria del mandato, no es demandable el acto por medio del cual se certifican y aprueban

las firmas para su convocatoria, por tratarse de un acto de trámite, sino que las irregularidades que puedan acontecer durante la etapa de recolección y certificación de firmas deben ser cuestionadas por medio del ejercicio de la acción de nulidad electoral dirigida contra el acto final de la elección para revocar o no el mandato<sup>6</sup>.

En síntesis, el acto que acepta la inscripción de una candidatura para la elección de un cargo de elección popular, sin importar que esta se realice a través del aval de un partido o movimiento político o del mecanismo de recolección de firmas, debe ser considerado como un acto preparatorio o de trámite dentro del procedimiento electoral, el cual, consecuentemente, no es enjuiciable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

### 2.3. Caso concreto

En el caso *sub judice* el actor demanda la nulidad de la Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 proferida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por medio de la cual se revocó la decisión de rechazar la inscripción mediante el mecanismo de recolección de firmas del señor Pedro Vicente Obando Ordóñez como candidato a la Alcaldía de Pasto (Nariño) por el grupo significativo de ciudadanos “Movimiento Ciudadano por Pasto”.

Sin entrar a discernir sobre otros aspectos relacionados con la admisibilidad de la demanda, debe concluirse que, según lo expuesto, la demanda fue presentada contra un acto de trámite y no contra un acto definitivo, en la medida que el acto acusado tiene por objeto aceptar la inscripción de una candidatura a un cargo de elección popular, razón por la cual el Despacho procederá a **rechazar** la demanda instaurada.

En mérito de lo expuesto se,

### III. RESUELVE

**Primero. Rechazar de plano la demanda** presentada por el señor Jaro Alberto Ramírez Santacruz contra Resolución No. 375 de 3 de octubre de 2015 expedida por los Delegados Departamentales de Nariño de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

**Segundo.** Ejecutoriado este auto **devuélvanse** al interesado los documentos acompañados con la demanda, sin necesidad de desglose, y archívese la restante actuación.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente N° 2182. Sentencia de 16 de septiembre de 1999. C. P.: doctor Reinaldo Chavarro Buritica.

<sup>6</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 110010328000201300027-00. Auto de 9 de julio de 2013. C.P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



---

## NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

### **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 SÚPLICA - Contra auto que dio por terminado el proceso por abandono**

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar cuál es la conducta procesal exigida, al demandante, de conformidad con lo establecido en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, so pena que se decrete la terminación del proceso por abandono. Para solucionar el problema jurídico planteado se hace necesario determinar el sentido y alcance del artículo 277 del CPACA numeral 1 literal g) 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”.

Una primera interpretación de la norma transcrita, la meramente literal, llevaría a pensar que la conducta procesal del demandante, so pena de declarar terminado por abandono su proceso, debe consistir en acreditar ante el juez electoral que se realizó la publicación de los avisos, es decir, sin que al efecto fuese suficiente con haberlos publicitado dentro del término de 20 días a que se refiere la norma, toda vez que se hace necesario así demostrárselo a la autoridad judicial. Para la Sala, esa no debe ser la lectura de la disposición objeto de estudio ya que para darle sentido hay que acudir a la finalidad que la misma persigue.

En efecto, lo que pretende el legislador es que se logre la notificación a los demandados y que aquellos, con fundamento en esta, procedan a contestar la demanda, trabando la litis y la controversia del litigio.

Es por lo anterior que resulta de la mayor relevancia el hecho de que el acto jurídico procesal de la publicación del aviso hubiese logrado su cometido, propósito o finalidad. No de otra forma se explica que la demanda fuera contestada por el Representante a la Cámara José Bernardo Flórez Asprilla, tal y como se observa a folios 491 y ss. del expediente principal.

Nótese cómo la norma asume que todos los afectados con la admisión de la demanda deben tener conocimiento de tal circunstancia (inicio del proceso) con la sola publicación de los avisos, y se espera de ellos que, en tiempo, procedan a radicar su escrito de contestación en el que se presenten sus argumentos de defensa.

Si esto es así, mal podría el aviso tener efectos vinculantes para las partes y para terceros, es decir, para todos, pero no para el juez electoral. Es por lo anterior que en estos eventos se hace necesario que la Secretaría, inmediatamente vencido el término de los 20 días a que se refiere el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, informe de esta circunstancia al Despacho Ponente, con el fin de que este, de inmediato, proceda a requerir al demandante la acreditación de la publicación de los avisos.

De todos modos, en todos los casos, la publicación en prensa debe haberse hecho dentro del término legal de los 20 días previstos en la norma precitada. El demandante, entonces, podrá acreditar tal circunstancia en el término concedido para el efecto.

Ahora, si el actor no responde a tal requerimiento o la fecha de la publicación excede el término precitado en el párrafo anterior, ahí sí, válidamente, podría darse por terminado el proceso.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 1 literal g)

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Rivera - Huila, veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015)

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

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de súplica propuesto por el demandante contra el auto proferido el 12 de diciembre de 2014, mediante el cual la Consejera Ponente decidió terminar, por abandono, el proceso de Nulidad Electoral en aplicación del literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos**

1.1. El señor Eduardo Eccehomo Torres Mosquera, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, radicó el 28 de agosto de 2014<sup>1</sup>, demanda contra los Representantes a la Cámara del Chocó.

1.2. Por auto de 5 de septiembre de 2014<sup>2</sup> fue inadmitida su demanda, debido a que se presentaron algunas inconsistencias formales.

1.3. Mediante escrito radicado el 12 de septiembre de 2014 ante la Secretaría de la Sección Quinta, la parte actora, por intermedio de apoderado, subsanó la demanda.

1.4. En providencia de 23 de septiembre de 2014, la Consejera Ponente analizó el escrito de subsanación y admitió la demanda de Nulidad Electoral, interpuesta por el señor Eduardo Eccehomo Torres Mosquera contra la elección de Representantes a la Cámara por el departamento del Chocó (2014-2018), únicamente sobre la Resolución DCH-7 de 20 de marzo de 2014 proferida por los delegados del Consejo Nacional Electoral.

Por otra parte, rechazó la demanda respecto a:

(i) Las Resoluciones DCH-6, DCH-11 y DCH-12 de 20 de marzo de 2014 dictadas por los mismos delegados, y

(ii) Los casos de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 de las mesas de votación mencionadas en el hecho 4º, asociados a los municipios de Quibdó, Alto Baudó, Bajo Baudó y Riosucio.

1.5 Mediante escrito de 29 de septiembre de 2014 la parte actora presentó recurso de súplica, frente a la decisión de rechazar parcialmente la demanda. Este último recurso fue decidido por auto de 13 de noviembre de 2014, por los demás Concejeros de la Sección Quinta, rechazándose por extemporáneo.

1.6 La Consejera Ponente, mediante auto de 12 de diciembre de 2014, resolvió terminar por abandono, el proceso de Nulidad Electoral N° 11001-03-28-000-2014-00107-00, adelantado por Eduar Eccehomo Torres Mosquera. Para sustentar esta decisión, adujo que el demandante tenía la carga de cumplir lo dispuesto en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, es decir, **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 personal del auto admisorio al Ministerio Público.

En el caso concreto, el Despacho Sustanciador evidenció que no se aportó la publicación del aviso dentro del término señalado<sup>3</sup>.

**2. Del recurso de súplica**

En escrito de 18 de diciembre de 2014 el accionante interpuso recurso de súplica contra el auto de 12 de diciembre de la misma anualidad, en el cual se decidió terminar por abandono el proceso de Nulidad Electoral. Para el efecto, se apoyó los siguientes argumentos:

**2.1. Afirmó que en acatamiento a sus deberes como apoderado y representante de la parte actora, realizó efectivamente la publicación del aviso elaborado por la Secretaría de la Sección Quinta, dentro del término, en dos periódicos de amplia circulación y en la circunscripción electoral respectiva de conformidad con lo establecido en el artículo 277 del CPACA; siendo enviado a través de su dependiente judicial, quien no los entregó en la secretaria para ser anexado al expediente. Explicó, además, que por tal razón tuvo que prescindir de sus servicios.**

**Señaló, también, que tras creer que el aviso ya obraba en el expediente siguió actuando en el proceso con lealtad y buena fe y anexó los originales de la publicación en los periódicos *El Tiempo* y *El Espectador* con fecha de 12 de octubre de 2014 para corroborar la materialización de la misma.**

**Finalmente, solicitó que se revocara el auto objeto de recurso dándole prevalencia al derecho sustancial sobre**

<sup>1</sup> Visible a folio 60 del expediente.

<sup>2</sup> Folios 294 a 296 del expediente.

<sup>3</sup> En efecto, esta Sala tuvo oportunidad de cotejar el expediente y concluir que, como la notificación personal Ministerio Público fue efectuada mediante comunicación al buzón electrónico el día 26 de septiembre de 2014, los 20 días de que disponía el demandante a efectos de acreditar la publicación de los avisos vencieron el 27 de octubre pasado.

el formal, teniendo en cuenta que en el presente caso se realizó, dentro del término legal, la publicación del aviso, con lo cual se obtuvo a su juicio "el cumplimiento del objeto querido por el legislador de notificar a los demandados y al público en general" no vulnerándose de esta manera el debido proceso.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia y oportunidad

Es importante resaltar que el recurso de súplica, establecido en el artículo 246 del CPACA, procede contra los autos dictados en única o segunda instancia que por su naturaleza serían susceptibles de apelación. Al respecto, señala:

*"Artículo 246. Súplica. 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".*

Por su parte, el numeral 1 del artículo 243 del CPACA, establece:

*"Artículo 243. Apelación. 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:*

*3. El que ponga fin al proceso".*

En el caso en análisis, el auto recurrido es un interlocutorio dictado por la Consejera Ponente en el marco de un proceso de única instancia, luego, es pasible del recurso ordinario de súplica y corresponde resolverlo a la Sala de que forma parte el Ponente, con su exclusión.

El auto suplicado fue notificado por estado del 15 de diciembre de 2014 y el escrito de súplica fue presentado el 18 de diciembre de 2014, es decir, fue oportunamente propuesto.

### 2. Planteamiento del problema

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar cuál es la conducta procesal exigida, al demandante, de conformidad con lo establecido en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, so pena que se decrete la terminación del proceso por abandono.

#### 2.3. Solución

Para solucionar el problema jurídico planteado se hace necesario determinar el sentido y alcance del artículo 277 del CPACA numeral 1 literal g) 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". (Negritas de la Sala).*

Una primera interpretación de la norma transcrita, la meramente literal, llevaría a pensar que la conducta procesal del demandante, so pena de declarar terminado por abandono su proceso, debe consistir en **acreditar** ante el juez electoral que se realizó la publicación de los avisos, es decir, sin que al efecto fuese suficiente con haberlos publicitado dentro del término de 20 días a que se refiere la norma, toda vez que se hace necesario así demostrárselo a la autoridad judicial.

Para la Sala, esa no debe ser la lectura de la disposición objeto de estudio ya que para darle sentido hay que acudir a la finalidad que la misma persigue.

En efecto, lo que pretende el legislador es que se logre la notificación a los demandados y que aquellos, con fundamento en esta, procedan a contestar la demanda, trabando la *litis* y la controversia del litigio.

Es por lo anterior que resulta de la mayor relevancia el hecho de que el acto jurídico procesal de la publicación del aviso hubiese logrado su cometido, propósito o finalidad. No de otra forma se explica que la demanda fuera contestada por el Representante a la Cámara José Bernardo Flórez Asprilla, tal y como se observa a folios 491 y s.s. del expediente principal.

Nótese como la norma asume que todos los afectados con la admisión de la demanda **deben** tener conocimiento de tal circunstancia (inicio del proceso) con la sola publicación de los avisos, y se espera de ellos que, en tiempo, procedan a radicar su escrito de contestación en el que se presenten sus argumentos de defensa.

Si esto es así, mal podría el aviso tener efectos vinculantes para las partes y para terceros, es decir, para todos, pero no para el juez electoral.

Es por lo anterior que en estos eventos se hace necesario que la Secretaría, **inmediatamente vencido el término de los 20 días a que se refiere el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA**, informe de esta circunstancia al Despacho Ponente, con el fin de que este, de inmediato, proceda a requerir al demandante la acreditación de la publicación de los avisos.

De todos modos, en todos los casos, la publicación en prensa debe haberse hecho dentro del término legal de los 20 días previstos en la norma precitada.

El demandante, entonces, podrá acreditar tal circunstancia en el término concedido para el efecto. Ahora, si el actor no responde a tal requerimiento o la fecha de la publicación excede el término precitado en el párrafo anterior, ahí sí, válidamente, podría darse por terminado el proceso.

### **III. LA DECISIÓN:**

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de facultades constitucionales y legales,

#### **RESUELVE**

**REVOCAR la decisión adoptada por la Consejera Ponente en auto del el 12 de diciembre de 2014, mediante el cual se terminó, por abandono, el proceso de Nulidad Electoral, adelantado por Eduardo Eccehomo Torres Mosquera.**

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Presidente

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejero de Estado

**PROVIDENCIAS - Expresión genérica que se utiliza para designar las sentencias y los autos/ SENTENCIAS - Deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, el incidente de liquidación de perjuicios y los recursos de casación y revisión/ AUTOS - Se clasifican en interlocutorios y de trámite, e igualmente en notificables y no notificables/AUTOS DE TRÁMITE - Se utilizan para darle impulso al proceso/AUTOS INTERLOCUTORIOS - Deben ser brevemente motivados y se emplean para decidir asuntos accesorios de cierta relevancia procesal/ AUTOS NO NOTIFICABLES - Los que contengan órdenes dirigidas exclusivamente al Secretario/ AUTOS NOTIFICABLES - Los de trámite e interlocutorios siempre deben notificarse a los sujetos procesales**

La Sala encuentra necesario precisar cuál es la naturaleza jurídica del auto fechado el 24 de febrero de 2014, objeto del recurso de súplica, que se calificó como "Auto de impulso procesal" que "Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación". Y cuya notificación se omitió al calificarse, por la propia ponente, como de "cúmplase".

Al efecto se recuerda que los jueces de la República se pronuncian en las actuaciones judiciales por medio de providencias, expresión genérica que se utiliza para designar las sentencias y los autos.

En lo sustancial las sentencias se caracterizan por los asuntos sobre los que debe ocuparse, pues "deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión". (Art. 278 Ib.). El legislador, por otra parte, definió los autos acudiendo a la técnica de la sustracción de materia, ya que después de referirse a las sentencias en el artículo 278 del CGP, dijo que "Son autos todas las demás providencias".

Sabido es que los autos se clasifican en interlocutorios y de trámite, e igualmente en notificables y no notificables. Los autos de trámite corresponden a los que se utilizan para darle impulso al proceso, con el ánimo de pasar de una fase a la otra, para ir agotando sus diferentes etapas hasta llegar al estado de dictar sentencia. Por el contrario, los autos interlocutorios, que se diferencian de los de trámite porque "serán motivad[o]s de manera breve y precisa". (C. G. P. Art. 279), se caracterizan porque se emplean para decidir asuntos accesorios de cierta relevancia procesal, tales como los incidentes y nulidades procesales, que pueden presentarse con antelación al fallo de instancia, e incluso posteriormente a que ese pronunciamiento se produzca.

Ahora, la distinción entre autos notificables y no notificables se hace a partir de lo previsto en el artículo 299 del C. G. P. que con claridad prescribe que "Los autos de 'cúmplase' no requieren ser notificados", lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 204 del CPACA, que al respecto señala que "No requieren notificación los autos que contengan órdenes dirigidas exclusivamente al Secretario. Al final de ellos se incluirá la orden 'cúmplase'".

Así, para la Sala es claro que los autos de "cúmplase" hacen parte del ordenamiento jurídico, pero no para impulsar el trámite procesal ni para resolver asuntos accesorios propios de los autos interlocutorios, sino solamente para impartirle órdenes al secretario del despacho o corporación judicial para que sea él quien exclusivamente las acate.

Esto implica, como ya lo insinuó la Sala en el párrafo anterior, que los autos de trámite e interlocutorios siempre deben notificarse a los sujetos procesales, no solo porque en su contra se pueden interponer los recursos legalmente concebidos, sino también porque así lo indica el artículo 289 del C. G. P. al prescribir que "Las providencias judiciales se harán saber a las partes y demás interesados por medio de notificaciones...", al punto que con excepción de los casos ya señalados "ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado". (Ib.). Es más, la ejecutoria de las providencias está indefectiblemente ligada a la notificación, ya que es a partir de ese momento que empiezan a correr los términos para que se formulen los recursos en su contra, para que se solicite aclaración o complementación, e incluso para que la firmeza llegue por el silencio de las partes (C. G. P. Art. 302).

Fuente Formal: Código General del Proceso - Artículo 278/ Código General del Proceso - Artículo 279/Código General del Proceso - Artículo 289/Código General del Proceso - Artículo 299/Código General del Proceso - Artículo 302/Ley 1437 de 2011 - Artículo 204

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación/RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Se declara la nulidad del auto suplicado por violación a la garantía fundamental del debido proceso y al principio de legalidad**

Heriberto Arrechea Banguera, el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez interpusieron recurso de súplica contra el auto de 24 de febrero del corriente año, por medio del cual se "Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación".

Aunque sería del caso estudiar la procedencia del recurso de súplica la Sala observa que las decisiones allí adoptadas afectaron

seriamente el debido proceso y el principio de legalidad, y por ello, hay lugar a declarar de oficio la nulidad del auto. La Sala encuentra que más allá del recurso de súplica presentado por el apoderado judicial de Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y por el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez, el auto materia de estudio entraña serias violaciones a la garantía fundamental del debido proceso y al principio de legalidad porque:

(i) A esa providencia se le otorgó una naturaleza jurídica que no coincide con las decisiones allí asumidas, puesto que se profirió de “cúmplase” como si se tratara de una orden a acatar exclusivamente por el secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuando por el contrario se puso de relieve que se trata de decisiones de trámite e interlocutorias, que no pueden cumplirse si previamente no se notifican a los sujetos procesales para que ejerzan los recursos legales en su contra;

(ii) Se ordenó “agregar” los procesos adelantados contra la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra con los seguidos contra la elección de Moisés Orozco Vicuña, en total contravía de lo dispuesto en el artículo 282 del CPACA y de providencias que se encontraban en firme, utilizando una figura jurídica no prevista en la ley, y

(iii) Bajo la forma de una “apreciación” se terminó avalando la posesión de María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, a pesar de que la Sección Quinta no tiene competencia para ello y que todavía no se cuenta con una decisión de fondo sobre los reproches de ilegalidad elevados contra el acto de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de Comunidades Afrodescendientes.

Por tanto, se anulará el auto cuestionado y se ordenará devolver la actuación al Despacho de la ponente para que se pronuncie sobre si procede la acumulación. En virtud a que la ponente extrañamente comunicó a la Cámara de Representantes la decisión que aquí se deja sin efectos, la cual debió notificarse de forma antelada a los sujetos procesales, igualmente se le comunicará de la presente a dicha corporación.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

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

Los demás integrantes de la Sección deciden el Recurso de Súplica formulado por el apoderado judicial de Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y por el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez contra el auto proferido el 24 de febrero de 2015 por la H. Consejera doctora Susana Buitrago Valencia.

**AUTO SUPLICADO**

Se trata del expedido el 24 de febrero del corriente año, por medio del cual se *“Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación”*.

En cuanto a la *agregación de procesos* el auto suplicado invoca la prevalencia del derecho sustancial, el deber de observar los términos procesales (C. P. Arts. 228 y 264), y los principios de eficacia, celeridad y economía, para ordenar que los procesos de nulidad electoral seguidos contra la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, radicados bajo los Nos. 110010328000201400096-00, 110010328000201400099-00, 110010328000201400123-00 y 110010328000201400127-00, se tramiten en lo sucesivo conjuntamente con los adelantados contra la elección de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra como Representante a la Cámara por la misma circunscripción, identificados con los Nos. 110010328000201400077-00, 110010328000201400097-00, 110010328000201400098-00 y 110010328000201400124-00.

Se justifica la viabilidad de la medida en que todos ellos *“son procesos dirigidos contra el mismo acto de elección... se trata de los mismos demandados, y en todas las demandas básicamente los cargos que se formulan son los mismos”*.

Sobre la fijación de fecha para audiencia inicial únicamente se limita el auto a decir que se llevará a cabo el 18 de marzo del corriente año, a las 9:30 a.m., en la sala de audiencia No. 1 del Consejo de Estado.

Y, en lo que respecta a que *“se hace una apreciación y se ordena informarla”*, el auto concluye que los señores Moisés Orozco Vicuña y María del Socorro Bustamante Ibarra *“deben ocupar sus curules en la Cámara de Representantes...”*.

Esta determinación se funda en:

(i) El principio de igualdad, pues si el acto de elección no fue suspendido provisionalmente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, los señores Orozco Vicuña y Bustamante Ibarra conservan el derecho a ocupar la curul, como también pasa con otros demandados cuyo acto de elección no se suspende;

(ii) El principio de la eficacia del voto por el respaldo que obtuvieron de parte de 51.773 electorales en la jornada democrática del 9 de marzo de 2014;

(iii) Que son 8 las demandas formuladas contra el mismo acto de elección y ya han pasado más de 6 meses desde que se presentó la primera de ellas (11-VII-14), sin que a la fecha hayan sido falladas; y,

(iv) Que si bien la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con fallo de tutela de 26 de septiembre de 2014, provisionalmente dejó sin efectos jurídicos los actos de inscripción y elección de los demandados, supeditó la vigencia de la medida al pronunciamiento de fondo por parte de esta corporación, lo que en opinión de la ponente del auto suplicado ya ocurrió, precisamente con los 4 autos denegatorios de la suspensión provisional deprecada frente al mismo acto acusado, en virtud a que actualmente el artículo 231 del CPACA ordena practicar un estudio de fondo al despachar esa petición.

Por último, la Sala observa que el auto censurado fue expedido con la orden perentoria de "cúmplase".

### RECURSO DE SÚPLICA

El apoderado judicial de Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400098), con escrito radicado el 26 de febrero de 2015<sup>1</sup>, interpuso recurso de súplica contra el auto en comento. Lo cuestiona señalando que el auto solamente puede calificarse de impulso procesal en lo referente a la fijación de fecha para realizar la audiencia inicial, pues en la parte en que "se hace una apreciación y se ordena informarla", se trata de una actuación irregular e injurídica.

Agrega que esas apreciaciones, que se ordenó darlas a conocer a la Cámara de Representantes, llenan de incertidumbre a los medios de comunicación y también a quien preside esa corporación pública, ya que no son congruentes con la claridad que deben tener las decisiones judiciales.

Le causa sorpresa que en el auto recurrido se hayan asimilado los autos desestimatorios de la suspensión provisional del acto enjuiciado a una decisión de fondo, dado que esa calidad solamente la tiene la sentencia. Afirma que las medidas adoptadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura solamente pueden levantarse si la Corte Constitucional las revoca al revisar el fallo de tutela, o si la Sección Quinta del Consejo de Estado fallo a favor de la legalidad del acto demandado.

El tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez, con escrito presentado el 26 de febrero de 2015<sup>2</sup>, formuló recurso de súplica contra el mencionado auto. Al fundamentar el recurso recuerda que él solicitó al Consejo Nacional Electoral (CNE) la revocatoria de la inscripción de la lista de la Fundación Ébano de Colombia (Funeco), por considerar que sus integrantes no pertenecían a esa minoría étnica, lo cual fue negado con la

Resolución 0396 de 30 de enero de 2014, que fue confirmada con la Resolución 0955 de 4 de marzo siguiente.

Agrega que intervino como coadyuvante en la tutela que se dirigió contra los actos de inscripción y elección de los demandados, bajo la convicción que la inscripción de la lista de Funeco fue irregular, lo cual afecta el acto que los eligió. Y, encuentra que la orden impartida con el auto suplicado contradice lo ordenado por el juez de tutela, que dejó sin efectos las Resoluciones 0396 y 0955 de 30 de enero y 4 de marzo de 2014 (inscripción) y 2528 de 9 de julio de 2014 (elección).

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Naturaleza jurídica de la providencia suplicada: La Sala encuentra necesario precisar cuál es la naturaleza jurídica del auto fechado el 24 de febrero de 2014, objeto del recurso de súplica, que se calificó como "Auto de impulso procesal" que "Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación". (Las negrillas vienen con el original), y cuya notificación se omitió al calificarse, por la propia ponente, como de "cúmplase".

Al efecto se recuerda que los jueces de la República se pronuncian en las actuaciones judiciales por medio de providencias, expresión genérica que se utiliza para designar las sentencias y los autos. En lo sustancial las sentencias se caracterizan por los asuntos sobre los que debe ocuparse, pues "deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión". (Art. 278 Ib.).

El legislador, por otra parte, definió los autos acudiendo a la técnica de la sustracción de materia, ya que después de referirse a las sentencias en el artículo 278 del CGP, dijo que "Son autos todas las demás providencias". Sabido es que los autos se clasifican en interlocutorios y de trámite, e igualmente en notificables y no notificables.

Los autos de trámite corresponden a los que se utilizan para darle impulso al proceso, con el ánimo de pasar de una fase a la otra, para ir agotando sus diferentes etapas hasta llegar al estado de dictar sentencia. Por el contrario, los autos interlocutorios, que se diferencian de los de trámite porque "serán motivad[os] de manera breve y precisa". (C. G. P. Art. 279), se caracterizan porque se emplean para decidir asuntos accesorios de cierta relevancia procesal, tales como los incidentes y nulidades procesales, que pueden presentarse con antelación al fallo de instancia, e incluso posteriormente a que ese pronunciamiento se produzca.

Ahora, la distinción entre autos notificables y no notificables se hace a partir de lo previsto en el artículo 299 del C. G. P. que con

1 Exp. 201400097 C. 1º fls. 443 a 445.

2 Exp. 201400097 C. 1º fls. 446 a 448.

claridad prescribe que “*Los autos de ‘cúmplase’ no requieren ser notificados*”, lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 204 del CPACA, que al respecto señala que “*No requieren notificación los autos que contengan órdenes dirigidas exclusivamente al Secretario. Al final de ellos se incluirá la orden ‘cúmplase’*”. Así, para la Sala es claro que los autos de “*cúmplase*” hacen parte del ordenamiento jurídico, pero no para impulsar el trámite procesal ni para resolver asuntos accesorios propios de los autos interlocutorios, sino solamente para impartirle órdenes al secretario del despacho o corporación judicial para que sea él quien exclusivamente las acate.

Esto implica, como ya lo insinuó la Sala en el párrafo anterior, que los autos de trámite e interlocutorios siempre deben notificarse a los sujetos procesales, no solo porque en su contra se pueden interponer los recursos legalmente concebidos, sino también porque así lo indica el artículo 289 del CGP al prescribir que “*Las providencias judiciales se harán saber a las partes y demás interesados por medio de notificaciones...*”, al punto que con excepción de los casos ya señalados “*ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado*”. (Ib.). Es más, la ejecutoria de las providencias está indefectiblemente ligada a la notificación, ya que es a partir de ese momento que empiezan a correr los términos para que se formulen los recursos en su contra, para que se solicite aclaración o complementación, e incluso para que la firmeza llegue por el silencio de las partes (C. G. P. Art. 302).

La configuración normativa con asiento en el C. G. P. y en el CPACA, en torno a la tipología de providencias y su forma de notificación, lleva a la Sala a sostener que el auto materia del recurso de súplica, calendado el 24 de febrero de 2015, calificado por la ponente como “*Auto de impulso procesal*”, a lo sumo se le puede atribuir esa calidad en lo que concierne a la fijación de fecha y hora para la práctica de la audiencia inicial, programada para el 18 de marzo del corriente año a las 9:30 a. m.

En lo relativo a la orden de “*agregar*” los procesos seguidos contra la Representante María del Socorro Bustamante Ibarra (201400077, 201400097, 201400098 y 201400124), con los que se adelantan al Representante Moisés Orozco Vicuña (201400096, 201400099, 201400123 y 201400127), la Sala no considera que se trate de un auto de impulso procesal o de trámite.

Lo así dispuesto supera, con creces, la mera agregación material de unos expedientes con otros, como para entender que se trata de la orden dirigida al exclusivo resorte del secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado, exenta de notificación por estado a los sujetos procesales. Es, *contrario sensu*, una acumulación jurídica que conlleva la sustanciación y decisión conjunta en un eventual fallo de única instancia de los 8 procesos en mención, además de la arrogación de la competencia para fungir como ponente de unos procesos dirigidos contra la elección de María del Socorro Bustamante

Ibarra como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, que todavía no se habían acumulado y mucho menos sorteado el magistrado ponente.

Y, en lo que alude a la “*apreciación*” efectuada sobre la vigencia de la medida cautelar adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el fallo de 9 de septiembre de 2014 (Exp. 110010102000201401682-02), que concluyó en que “*Los señores Moisés Orozco V. y María del Socorro Bustamante deben ocupar sus curules en la Cámara de Representantes...*”, la Sala no admite la tesis de que ese pronunciamiento pueda tomarse como de impulso procesal o trámite, ni calificarse como una *apreciación*.

En sentido contrario, es un tema sustancial y accesorio al juicio de legalidad que debe cumplirse sobre el acto de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, pues se trata, nada más y nada menos, que de establecer el peso jurídico que pueden tener los autos proferidos por la Sección Quinta para desestimar la suspensión provisional de dicho acto, frente al fallo de Tutela de 9 de septiembre de 2014 (Exp. 110010102000201401682-02), a través del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura amparó los derechos fundamentales de los accionantes y “*dej[ó] provisionalmente sin valor y efecto -hasta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (sic) decida de fondo los medios de control allí interpuestos sobre el mismo tema-, las siguientes Resoluciones...*”.

Pues bien, lo discurrido hasta el momento lleva a concluir que el auto suplicado, de fecha 24 de febrero de 2015, no corresponde a una orden dirigida exclusivamente al secretario de la Sección Quinta, motivo por el cual fue un error haberlo dictado de “*cúmplase*”. Se trata, por el contrario, de un auto de naturaleza mixta que cobija, por una parte, la orden de impulso procesal relativa a la fijación de fecha para audiencia inicial -cuya legalidad se examinará más adelante-, y por la otra, las decisiones interlocutorias de “*agregar unos procesos a otros ya acumulados*” y que los demandados “*deben ocupar sus curules en la Cámara de Representantes*”, las que indefectiblemente han debido proferirse de “*notifíquese*”, en virtud a que era necesario ponerlas en conocimiento de los sujetos procesales para que hicieran uso de los recursos procedentes, si así lo decidían.

Una vez efectuado el análisis sobre la naturaleza jurídica del auto suplicado, la Sala se adentra en el estudio de esa providencia.

2. **Examen jurídico del auto cuestionado:** Heriberto Arrechea Banguera, el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez interpusieron recurso de súplica contra el auto de 24 de febrero del corriente año, por medio del cual se “*Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación*”. Aunque sería del caso estudiar la procedencia del recurso de súplica la Sala observa que las decisiones allí

adoptadas afectaron seriamente el debido proceso y el principio de legalidad, y por ello, hay lugar a declarar de oficio la nulidad del auto, con fundamento en lo siguiente:

El Consejo Nacional Electoral expidió el 9 de julio de 2014 la Resolución 2528, por medio de la cual declaró la elección de los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña como Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, por el período constitucional 2014-2018, quienes fueron inscritos por la Fundación Ébano de Colombia (Funeco)<sup>3</sup>.

En lo que se refiere a la elección del señor Moisés Orozco Vicuña se tiene que en la Sección Quinta existen los siguientes procesos en su contra:

i) Expediente 201400096 promovido por Diego Alexander Angulo Martínez, asignado al Magistrado Alberto Yepes Barreiro, el cual se inadmitió con auto de 20 de agosto de 2014<sup>4</sup>, con auto de 1º de septiembre siguiente se ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional<sup>5</sup>, después se dictó el auto de 8 de octubre del mismo año que admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado<sup>6</sup>, luego se emite el auto de 9 de octubre admitiendo una coadyuvancia<sup>7</sup> y, por último, se profiere el auto de 27 de noviembre de 2014 que ordena remitir el proceso a secretaría para acumulación.

ii) Expediente 201400099 adelantado por Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO), repartido a la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el que se dictó el auto de 18 de septiembre de 2014 para admitir la demanda y negar la suspensión provisional del acto impugnado<sup>8</sup>, luego se profirió el auto de 21 de noviembre que ordenó la remisión del proceso a secretaría para acumulación<sup>9</sup>, auto que se dictó el 5 de febrero de 2015 y que dispuso acumular los expedientes 201400096, 201400099, 201400123 y 201400127 adelantados contra Moisés Orozco Vicuña<sup>10</sup>, y la diligencia de sorteo de Magistrado ponente se surtió el 15 de febrero del corriente año, en la que los procesos acumulados fueron asignados a la Magistrada Susana Buitrago Valencia<sup>11</sup>.

iii) Expediente 201400123 interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, asignado a la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el que se expidió el auto de 10 de septiembre de 2014 para solicitarle al agente del Ministerio Público que acreditara que había sido facultado para demandar<sup>12</sup>, después de ello se admitió la demanda con auto

de 30 de septiembre<sup>13</sup>, y finalmente se profirió el auto de 28 de noviembre de 2014 con el que se envió el proceso a secretaría para acumulación<sup>14</sup>. Y,

iv) Expediente 201400127 presentado por Fabián Leonardo Reyes Porras, repartido a la Magistrada Susana Buitrago Valencia, que procedía del proceso 201400097 en el que se dictó el auto de 27 de agosto de 2014, con ponencia de la misma Magistrada Susana Buitrago Valencia, que ordenó separar las demandas impetradas contra las dos personas electas a la circunscripción especial de Afrodescendientes. Pues bien, la demanda radicada por el señor Reyes Porras se admitió con auto de 8 de octubre de 2014, en el que también se negó la suspensión provisional del acto acusado<sup>15</sup>, y después se dictó el auto de 13 de enero de 2015 que envió el proceso a secretaría para acumulación<sup>16</sup>.

Y, en lo que corresponde a la elección de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra se observa que en la Sección Quinta existen los siguientes procesos en su contra:

i) Expediente 201400077 presentado por Diego Alexander Angulo Martínez, asignado a la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, la cual se inadmitió con auto de 23 de julio de 2014<sup>17</sup>, después se dictó el auto de 8 de agosto que ordenó separar las demandas dirigidas contra los dos Representantes electos para la circunscripción especial en cuestión<sup>18</sup>, luego se admitió la demanda exclusivamente contra la señora Bustamante Ibarra por medio del auto de 21 de agosto del mismo año, que igualmente negó la suspensión provisional del acto censurado<sup>19</sup>, esta providencia se notificó personalmente a la demandada el 1º de septiembre de 2014<sup>20</sup>, después se dictó el auto de 3 de octubre que ordenó enviar el proceso a secretaría para acumulación<sup>21</sup>, al que le siguió el auto de 20 de noviembre para admitir una coadyuvancia, otro auto de 20 de noviembre que negó la petición elevada por la apoderada de la demandada en el sentido de propiciar su posesión como congresista<sup>22</sup>, y otro auto de la misma fecha que admitió la reforma de la demanda<sup>23</sup>. La notificación personal del anterior auto a la demandada se hizo a través de su apoderada el 27 de noviembre de 2014<sup>24</sup>. Posteriormente se dictó el auto de 15 de diciembre ordenando una comisión para notificar al coadyuvante<sup>25</sup>, y por último se expidió el auto de 27 de enero de 2015 que ordenó enviar el proceso a secretaría para acumulación.

ii) Expediente 201400097 interpuesto por Fabián Leonardo Reyes Porras, repartido a la Magistrada Susana Buitrago

3 Exp. 2014000127 C. 1º fls. 15 a 39.

4 C. 1º fl. 444.

5 C. 1º fl. 531.

6 C. 1º fl. 929 y ss.

7 C. 1º fl. 1036.

8 C. 1º fl. 321 y ss.

9 C. 1º fl. 641.

10 C. 1º fl. 798 y ss.

11 C. 1º fl. 819.

12 C. 1º fl. 73 y ss.

13 C. 1º fl. 93 y ss.

14 C. 1º fl. 356 y ss.

15 C. 1º fl. 106 y ss.

16 C. 1º fl. 364 y ss.

17 C. 1º fl. 81 y ss.

18 C. 1º fl. 425 y ss.

19 C. 1º fl. 443 y ss.

20 C. 1º fl. 482.

21 C. 1º fl. 727 y ss.

22 C. 1º fl. 834 y ss.

23 C. 1º fl. 848 y ss.

24 C. 1º fl. 1237 y ss.

25 C. 1º fl. 1285.

Valencia, en el que se dictó el auto de 27 de agosto de 2014 para ordenarle al demandante que separara las demandas formuladas con las dos personas electas por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes<sup>26</sup>, luego de cumplida la orden se emitió el auto de 8 de octubre del mismo año por medio del cual se admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto enjuiciado<sup>27</sup>. La demandada se notificó personalmente del auto admisorio el 21 de octubre de 2014<sup>28</sup>. A ello le sigue el auto de 13 de enero de 2015 que dispuso enviar el proceso a secretaría para la acumulación, y finalmente se aprecia el auto de 24 de febrero de 2015 -objeto de la súplica-, con el cual se *“Ordena agregar unos procesos a otros ya acumulados para ser resueltos en una misma sentencia. Señala fecha de audiencia inicial y realiza una apreciación”*<sup>29</sup>.

iii) Expediente 201400098 instaurado por Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO), atribuido al Magistrado Alberto Yepes Barreiro. El 8 de agosto de 2014 se expidió auto ordenando que la demanda se separara en tres, debido a que se dirigían contra los dos Representantes electos tanto por causales objetivas como subjetivas<sup>30</sup>. Luego se profirió el auto de 27 de agosto del mismo año, con el que se inadmitió la demanda<sup>31</sup>. El 8 de septiembre se dicta auto que ordena comunicar la solicitud de suspensión provisional<sup>32</sup>, lo que una vez cumplido dio paso a que se emitiera el auto de 8 de octubre de dicho año, por medio del cual se admitió la demanda y negó la medida cautelar deprecada<sup>33</sup>. El aviso de notificación se publicó el 28 de octubre de 2014 en los diarios La República y El Espectador<sup>34</sup>, y la demandada se notificó personalmente del auto admisorio, por medio de su apoderada, el 13 de noviembre siguiente<sup>35</sup>. El 27 de noviembre se profiere el auto que niega el recurso de reposición interpuesto contra el auto anterior<sup>36</sup>. Y, el 4 de febrero de 2015 se expide el auto que ordena enviar el proceso a secretaría para acumulación<sup>37</sup>, y

iv) Expediente 201400124 adelantado por la Procuraduría General de la Nación, repartido a la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. La demanda se inadmitió con auto de 10 de septiembre de 2014<sup>38</sup>, posteriormente se admitió con auto de 30 de septiembre del mismo año<sup>39</sup>, cuyo aviso de notificación se publicó en los diarios El Nuevo Siglo y La República de 15 y 23 de octubre de 2014<sup>40</sup>. Por último, se dictó el auto de 16 de diciembre del mismo año, con el cual se remitió el proceso a secretaría para lo relativo a la acumulación<sup>41</sup>.

26 C. 1º fl. 84 y ss.

27 C. 1º fl. 109 y ss.

28 C. 1º fl. 292 y ss.

29 C. 1º fl. 417 y ss.

30 C. 1º fl. 312 y ss.

31 C. 1º fl. 322 y ss.

32 C. 1º fl. 374.

33 C. 1º fl. 561 y ss.

34 C. 1º fl. 703 y ss.

35 C. 1º fl. 731 y ss.

36 C. 1º fl. 733 y ss.

37 C. 1º fl. 966 y ss.

38 C. 1º fl. 72 y ss.

39 C. 1º fl. 92 y ss.

40 C. 1º fl. 273 y ss.

41 C. 1º fl. 416 y ss.

El recorrido de los procesos adelantados contra la elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, período constitucional 2014-2018, señores María del Socorro Bustamante Ibarra (201400077, 201400097, 201400098 y 201400124) y Moisés Orozco Vicuña (201400096, 201400099, 201400123 y 201400127), lleva a la Sala a concluir que las medidas adoptadas con el auto de 24 de febrero de 2015 desconocen abiertamente la garantía constitucional del debido proceso, configurada en el artículo 29 Superior, al igual que el principio de legalidad desarrollado en el artículo 7º del C. G. P., que expresan:

**“Artículo 29. 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.

...”

**“Artículo 7º. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.**

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

**El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.**

...” (La Sala impone negrillas).

Las razones que llevan a la Sala a concluir que el auto en cuestión desconoció los preceptos anteriores -debido proceso y principio de legalidad-, corresponden a las que siguen:

En primer lugar, se recuerda que, según informe suscrito el 11 de febrero de 2015<sup>42</sup>, el secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado pasó al Despacho de la Magistrada Susana Buitrago Valencia los procesos adelantados por Diego Alexander Angulo Martínez (201400077 M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez), Fabián Leonardo Reyes Porras (201400097 M. P. Susana Buitrago Valencia), Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400098 M. P. Alberto Yepes Barreiro) y la Procuraduría General de la Nación (201400124 M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez),

42 C. 1º fl. 416.

contra la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes (2014-2018), para que decidiera sobre su acumulación. Esto es, para que aplicara lo previsto en el artículo 282 del CPACA, que dice:

**"Artículo 282. Acumulación de procesos.** Deberán fallarse en una sola sentencia los procesos en que se impugne un mismo nombramiento, o una misma elección cuando la nulidad se impetire por irregularidades en la votación o en los escrutinios.

Por otra parte, también se acumularán los procesos fundados en falta de requisitos o en inhabilidades cuando se refieran a un mismo demandado.

En el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, vencido el término para contestar la demanda en el proceso que llegue primero a esta etapa, el Secretario informará al Magistrado Ponente el estado en que se encuentren los demás, para que se proceda a ordenar su acumulación.

En los juzgados administrativos y para efectos de la acumulación, proferido el auto admisorio de la demanda el despacho ordenará remitir oficios a los demás juzgados del circuito judicial comunicando el auto respectivo.

La decisión sobre la acumulación se adoptará por auto. Si se decreta, se ordenará fijar aviso que permanecerá fijado en la Secretaría por un (1) día convocando a las partes para la diligencia de sorteo del Magistrado Ponente o del juez de los procesos acumulados. Contra esta decisión no procede recurso. El señalamiento para la diligencia se hará para el día siguiente a la desfijación del aviso.

Esta diligencia se practicará en presencia de los jueces, o de los Magistrados del Tribunal Administrativo o de los Magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado a quienes fueron repartidos los procesos y del Secretario y a ella podrán asistir las partes, el Ministerio Público y los demás interesados.

La falta de asistencia de alguna o algunas de las personas que tienen derecho a hacerlo no la invalidará, con tal que se verifique la asistencia de la mayoría de los jueces o Magistrados, o en su lugar del Secretario y dos testigos".

Aunque la Magistrada Susana Buitrago Valencia sí es la Consejera a quien le corresponde decidir si se decreta o no la acumulación de los 4 procesos en mención, ya que el proceso tramitado por ella y adelantado por Fabián Leonardo Reyes Porras (201400097), es en el que primero venció la oportunidad para contestar la demanda, es claro que lo decidido con el

auto de 24 de febrero de 2015 desconoció varias de las reglas consignadas en la norma anterior.

Una de ellas es el deber de fallar en una sola sentencia los procesos seguidos contra el mismo acto de elección "*cuando se refieran a un mismo demandado*". La exposición hecha líneas arriba sobre el trámite surtido frente a los 8 procesos seguidos contra la elección de los dos Representantes demandados, demuestra que algunos de los accionantes incurrieron en la impropiedad técnica de impugnar bajo la misma demanda la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, por causales subjetivas de nulidad. Igualmente denota que todos los Magistrados de la Sección Quinta estuvimos de acuerdo en que ello contradecía lo previsto en el artículo 282 y que, por ende, debían separarse las demandas para que se siguieran frente a cada uno de los elegidos, tal como así lo ordenó el Magistrado Alberto Yepes Barreiro en el proceso adelantado por Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400098), la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en el proceso seguido por Diego Alexander Angulo Martínez (201400077), y la propia Magistrada Susana Buitrago Valencia en el proceso interpuesto por Fabián Leonardo Reyes Porras (201400097).

Así, lo dispuesto por la Magistrada Susana Buitrago Valencia en el auto en cuestión además de desconocer lo resuelto por cada uno de los despachos en autos que se hallan debidamente ejecutoriados, referidos a la separación de las demandas, igualmente se opone a la regla comentada, según la cual la acumulación de procesos por causales subjetivas de nulidad, basados en la falta de requisitos y calidades —como aquí se alega—, únicamente es procedente frente "*a un mismo demandado*", ya que conforme al auto censurado tendrían que fallarse en una misma sentencia tanto los procesos que se siguen contra María del Socorro Bustamante Ibarra como los se adelantan contra Moisés Orozco Vicuña, hipótesis que riñe con lo dictado por el legislador al efecto.

De otro lado, resultó inobservada con el auto censurado la regla que ordena acumular los procesos seguidos contra el mismo demandado, en este caso María del Socorro Bustamante Ibarra, y practicar la diligencia en que se debe sortear Magistrado ponente, puesto que en lugar de resolverse sobre el particular se decidió "*agregar*" a los procesos adelantados contra aquella, los 4 procesos tramitados contra Moisés Orozco Vicuña, que por cierto ya habían sido acumulados con auto de 5 de febrero de 2014, expedido por la propia Magistrada Susana Buitrago Valencia dentro del proceso promovido por Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400099).

Es decir, que en lugar de "*adelantarse* [el proceso] *en la forma establecida en la ley*", se acudió a una figura completamente extraña al ordenamiento jurídico, que ni el Código General del Proceso ni el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contemplan y ninguno de ellos prevé como posibilidad la de "*agregar*" unos procesos

con otros. Lo correcto era que se hubiera resuelto sobre la acumulación de los 4 procesos adelantados contra María del Socorro Bustamante Ibarra.

Adicionalmente, con el auto en cuestión la ponente para dictar el auto que decide sobre la acumulación se arrogó una competencia que estaba pendiente de definición, pues necesariamente y para garantizar el principio de transparencia es menester llevar a cabo el sorteo del ponente entre los Magistrados “a quienes fueron repartidos los procesos”, esto es, entre todos los Consejeros que integran la Sección Quinta del Consejo de Estado, actualmente compuesta por los Magistrados Susana Buitrago Valencia, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro, ya que a los tres despachos fueron repartidos procesos relativos a dicha elección.

En segundo lugar, aquella parte del auto de 24 de febrero de 2015 que “realiza una apreciación” y, en consecuencia, determina que “Los señores Moisés Orozco V. y María del Socorro Bustamante deben ocupar sus curules en la Cámara de Representantes...”, porque supuestamente perdió vigencia la medida provisional de dejar sin efectos el acto de elección, asumida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el Fallo de Tutela de 9 de septiembre de 2014 (Expediente: 110010102000201401682-02), la Sala la encuentra igualmente contraria al debido proceso y al principio de legalidad.

Este principio se materializa en postulados constitucionales referidos a que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. (Art. 121), y que los servidores públicos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”, lo cual corresponde a una de las formas claras como el Estado de Derecho busca la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas. Se entrelaza con el debido proceso en cuanto consagra, además de la plena observancia de las formas propias de cada juicio, el respeto por el juez natural, referido a que cada asunto judicial debe ser decidido por el operador jurídico designado por el constituyente o el legislador para ello.

Así las cosas, si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado es la autoridad judicial competente para juzgar la validez de la elección de los congresistas, ni ella ni ninguno de sus Magistrados puede hacer “apreciaciones” sobre la vigencia de las medidas provisionales adoptadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en un fallo de tutela de segunda instancia, ya que será la Corte Constitucional quien defina el futuro de ese pronunciamiento, en caso de optar por la selección del caso para su eventual revisión.

No cabe la menor duda en torno a que el auto que decide sobre la suspensión provisional de un acto electoral, no obstante los importantes avances que introdujo el CPACA al autorizar el examen de los cargos de invalidez propuestos, no es una decisión de fondo. Ello se corrobora con solo acudir al nombre

de la medida, donde la partícula *suspensión* viene acompañada del adjetivo *provisional*, que se concibe como lo “*Que se hace, se balla o se tiene temporalmente*”<sup>43</sup> (Negrillas de la Sala), es decir, que se trata de un juicio de valor de naturaleza provisional o temporal. Y, se ratifica con lo dispuesto, entre otras normas, en el artículo 229 del CPACA al prescribir que “*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”, en virtud de que el verdadero y definitivo juicio se realizará al momento de fallar el respectivo asunto.

Es más, en el auto cuestionado no se reparó en que el mismo asunto fue abordado y rechazado por la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez al proferir el auto signado el 20 de noviembre de 2014<sup>44</sup>, dentro del proceso 201400077 interpuesto por Diego Alexander Angulo Martínez, providencia que cobró firmeza porque en su contra no se propuso ningún recurso.

Y, sobre la calificación que la ponente le dio al auto de 24 de febrero de 2015, intitulado como el que “realiza una apreciación”, la Sala advierte que en ninguna parte el ordenamiento jurídico consagra esa modalidad de providencias. Se insiste en que los jueces de la República no pueden hacer “apreciaciones” sobre los casos sometidos a su estudio, ya que lo autorizado por la ley procesal es exponer las consideraciones en que serán fundamentadas las decisiones judiciales, ya sea en autos interlocutorios o en sentencias. Por tanto, no se tiene competencia para acudir a esa insólita modalidad de argumentación jurídica, mucho menos si se va a utilizar para cuestionar las decisiones de otra jurisdicción.

Y, en tercer lugar, porque en las condiciones en que se hallaban los procesos adelantados por Diego Alexander Angulo Martínez (201400077), Fabián Leonardo Reyes Porras (201400097), Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400098) y la Procuraduría General de la Nación (201400124), contra la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes (2014-2018), al momento de ingresar al despacho de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, la orden de llevar a cabo la audiencia inicial era inoportuna e improcedente, pues como quedó explicado, previamente debe decidirse sobre su acumulación y el sorteo del Magistrado ponente, actuaciones que no se dieron merced a la expedición del auto de 24 de febrero de 2015.

En conclusión, la Sala encuentra que más allá del recurso de súplica presentado por el apoderado judicial de Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y por el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez, el auto materia de estudio entraña serias violaciones a la garantía fundamental del debido proceso y al principio de legalidad porque:

<sup>43</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>44</sup> C. 1º fls. 834 y ss.

(i) A esa providencia se le otorgó una naturaleza jurídica que no coincide con las decisiones allí asumidas, puesto que se profirió de "cúmplase" como si se tratara de una orden a acatar exclusivamente por el secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuando por el contrario se puso de relieve que se trata de decisiones de trámite e interlocutorias, que no pueden cumplirse si previamente no se notifican a los sujetos procesales para que ejerzan los recursos legales en su contra;

(ii) Se ordenó "agregar" los procesos adelantados contra la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra con los seguidos contra la elección de Moisés Orozco Vicuña, en total contravía de lo dispuesto en el artículo 282 del CPACA y de providencias que se encontraban en firme, utilizando una figura jurídica no prevista en la ley; y,

(iii) Bajo la forma de una "apreciación" se terminó avalando la posesión de María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, a pesar de que la Sección Quinta no tiene competencia para ello y que todavía no se cuenta con una decisión de fondo sobre los reproches de ilegalidad elevados contra el acto de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de Comunidades Afrodescendientes. Por tanto, se anulará el auto cuestionado y se ordenará devolver la actuación al Despacho de la ponente para que se pronuncie sobre si procede la acumulación.

En virtud a que la ponente extrañamente comunicó a la Cámara de Representantes la decisión que aquí se deja sin efectos, la cual debió notificarse de forma antelada a los sujetos procesales, igualmente se le comunicará de la presente a dicha corporación.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

### RESUELVE

Primero. **Declarar la nulidad** del auto proferido el veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015).

**Segundo. Devolver** al Despacho de la Magistrada Susana Buitrago Valencia los procesos adelantados por Diego Alexander Angulo Martínez (201400077), Fabián Leonardo Reyes Porras (201400097), Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400098) y la Procuraduría General de la Nación (201400124), contra la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, período constitucional 2014-2018, para que se pronuncie sobre la procedencia de la acumulación.

Tercero. **Ordenar** que el secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado comunique lo aquí resuelto a la Presidencia de la Cámara de Representantes.

Cuarto. **Ordenar** que los procesos promovidos por Diego Alexander Angulo Martínez (201400096), Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (201400099), la Procuraduría General de la Nación (201400123) y Fabián Leonardo Reyes Porras (201400127), seguidos contra la elección de Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, que ya fueron acumulados y tienen asignada Magistrada ponente, **se tramiten con independencia** de los procesos de nulidad seguidos en contra de la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra en la misma circunscripción, mencionados en el numeral 2º de esta resolutive.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidenta  
**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**PRUEBAS - Finalidad/MEDIOS DE PRUEBA - Testimonio de terceros/TESTIMONIO - Declaración de una o varias personas naturales que no son parte del proceso/PRUEBA - El juez debe analizar si es necesaria, conducente, pertinente y útil/MEDIOS DE PRUEBAS - Se deben rechazar aquellos que no satisfagan las características de necesidad, conduencia, pertinencia y utilidad/PRUEBA IMPERTINENTE - Aquella que nada aporta a la litis**

Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.

Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso.

Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la “declaración de terceros” también conocidos como testimonios. Esta clase de prueba ha sido definida como: “una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”.

No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características.

La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas “deben versar sobre hechos que conciernen al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia”. Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.

Fuente Formal: Código General del Proceso - Artículo 165/  
Código General del Proceso - Artículo 168

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que negó el decreto de prueba testimonial y se prescindió de la audiencia de pruebas/**

**PRUEBAS - El testimonio solicitado es impertinente/AUDIENCIA DE PRUEBAS - Se puede prescindir de ella cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por gestión de negocios**

El recurso de súplica se presentó porque el Despacho Conductor del proceso decidió no celebrar la audiencia de pruebas, comoquiera que no existían medios de convicción que necesitasen ser practicados en esa diligencia.

A juicio de la demandante y del coadyuvante, la audiencia sí se debe celebrar puesto que es en el marco de esta etapa procesal en donde se puede llevar a cabo la prueba testimonial solicitada.

Así las cosas, la cuestión a resolver por la Sala de Súplica se centra en determinar, en conexidad con lo anterior, si: i) debe decretarse y practicarse el testimonio solicitado por la parte actora y ii) debe prescindirse o no de la audiencia de pruebas.

En el caso concreto, la “pertinencia” de la “declaración de terceros” está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba es determinante o no para el proceso electoral, se debe examinar si el medio de convicción solicitado tiene vocación de demostrar que el demandado se encuentra inhabilitado según el numeral 3 del artículo 179 Constitucional por haber gestionado negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York. (...) El testimonio pretende ahondar sobre situaciones que se presentaron en el año 2010, es decir, hechos que acaecieron cuando el demandado no estaba en período de “campana” comoquiera que aún no había sido inscrito como candidato al Congreso para el período 2014-2018.

En efecto, el numeral 3 del artículo 179 señala que la inhabilidad se materializa “dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección” lo que significa que solo atañe al proceso electoral que hoy nos ocupa, estudiar las pruebas que evidencien la presunta inhabilidad que se indilga al señor Buenahora Febres y que se encuentren dentro de los seis meses anteriores al 9 de marzo de 2014, fecha en la cual se produjo la elección del demandado. (...) En suma, se colige que la prueba testimonial solicitada por la demandante carece de pertinencia, y que por tal razón su decreto y práctica debe ser negado.

Ahora bien respecto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la ley consagra la posibilidad de que el juez pretermita esta etapa procesal siempre y cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia. En el *sub judice* el Despacho Conductor del proceso determinó que se prescindiría de esta etapa, porque todas las pruebas allegadas eran de carácter documental.

La Sala advierte que la anterior decisión se encuentra ajustada a derecho, pues como se mostró, habiéndose negado la práctica

de la prueba testimonial es evidente que no es imperioso celebrar esta diligencia, máxime cuando el derecho al debido proceso se puede satisfacer colocando los documentos allegados al proceso a disposición de las partes por un término razonable y conjunto, en el que aquellas podrán conocer el contenido íntegro de los documentos, tacharlos de falsos y realizar todas las acciones tendientes a materializar el derecho a la defensa.

En síntesis, no hay lugar a revocar la decisión de no realizar audiencia de pruebas, debido a que todas las pruebas obrantes en el expediente tienen carácter documental. Así pues, en la parte resolutive de esta providencia se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la Consejera Ponente el 16 de febrero de 2015, mediante la cual se negó el decreto de la prueba testimonial y se prescindió de la audiencia de pruebas advirtiendo a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00(S)

Actor: Adelaida Atuesta Colmenares

Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de súplica propuesto por la demandante y su coadyuvante contra la decisión proferida en audiencia inicial celebrada el 16 de febrero de 2015.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos**

1.1 La ciudadana Aleida Atuesta Colmenares, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó, con base en la causal contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, la anulación del acto contenido en el formulario E 26 proferido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral mediante el cual se declaró la elección de **Jaime Buenahora Febres** como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.

1.2 En el libelo introductorio se afirmó que la elección del demandado como Congresista estaba viciada de nulidad según el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, debido a que el señor Buenahora Febres se encontraba incurso

en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución.

1.3 Mediante escrito del 29 de septiembre de 2014 la accionante reformó la demanda inicialmente formulada. No obstante, la Magistrada Ponente decidió rechazar la reforma presentada, decisión frente a la cual se interpuso recurso de súplica.

El recurso incoado se resolvió por la Sala Electoral el 11 de diciembre de 2014, oportunidad en la que se confirmó parcialmente la decisión de la Consejera Ponente, porque se rechazó la reforma a la demanda respecto de los cargos por presunta gestión de negocios realizados en la ciudad de Newark y los supuestamente realizados en Nueva York a favor de Jesús Leandro Riaño y Jenny Saavedra, **pero se aceptó la citada reforma en lo que concernía a la ampliación del cargo de gestión de negocios en favor del señor John Moreno Escobar y a la adición de pruebas realizada por la demandante en el marco de dicho cargo, sin que aquello, naturalmente, implicara su decreto.**

1.4 Una vez surtido el trámite correspondiente, mediante auto del 22 de enero de 2015 el Despacho Conductor del proceso fijó fecha y hora para celebrar la audiencia inicial. (Fl. 708).

1.5 El día 16 de febrero de 2015 se llevó a cabo dicha diligencia, la cual tuvo como objeto resolver sobre las excepciones previas, sanear el proceso, fijar el litigio y decretar pruebas.

1.6 En el desarrollo de la audiencia se señaló que el litigio versaría en determinar si el demandado estaba inhabilitado, según la causal contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, por gestionar negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York.

1.7 En lo que al decreto de pruebas respecta la Consejera Ponente decidió sobre las pruebas presentadas en el libelo introductorio primigenio, que a los documentos que se allegaron con dicho escrito se las asignaría el valor que confiriere la ley. Lo propio sucedió con los medios de convicción allegados por el demandado con la contestación de la demanda.

1.8 En esta misma decisión se negó el decreto de las pruebas relativas a:

i) oficiar a la Corte Suprema de Justicia para que remitiera copia del expediente 2014-99, proceso penal que presuntamente se sigue contra el demandado;

ii) requerir al Ministerio de Relaciones Exteriores para que allegara copia del procedimiento sancionatorio seguido contra

la señora Elsa Gladys Cifuentes quien se desempeñó como funcionaria del consulado de Nueva York;

iii) Exhortar al Ministerio de Relaciones Exteriores para que aquel expidiera, con destino al proceso de la referencia, certificación en donde se especificara el nombre de las personas contratadas desde el año 2010 a 2014 en el consulado de Nueva York y en el que además se explicaran los parámetros bajo los cuales se realizó dicha contratación, y

iv) Oficiar al Congreso de la República para que dicho cuerpo legislativo enviara: a) certificación en la que se informara los nombres de aquellos que trabajaron con el demandado desde la fecha y hasta el año 2010 y b) copia de las minutas policiales y/o de seguridad de las personas que visitaron al señor Buenahora Febres en su oficina de Congresista.

Para apoyar la anterior decisión, la Consejera Ponente adujo que estos medios de convicción carecían de conducencia y utilidad para el proceso, toda vez que, ninguno de ellos tenía relación ni con la fijación del litigio ni con la inhabilidad alegada en la demanda.

Bajo este mismo orden de ideas, sostuvo que atendiendo a los postulados contenidos en el Código General del Proceso especialmente los consagrados en el artículo 173, tampoco era viable acceder a la práctica de dichas pruebas debido a que tal disposición consagra que el juez se abstendrá de practicar aquellas que las partes hubiesen podido obtener mediante el derecho de petición.

Finalmente, manifestó que en el acervo probatorio obraba certificación aportada por el demandado en la que consta la calidad que tuvo el señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York, documento suficiente para analizar si se configuró o no la inhabilidad alegada.

1.9 Frente a la decisión de negar pruebas, el apoderado de la demandante interpuso **recurso de reposición** y adicionalmente solicitó que se aclarara si las pruebas aportadas en la reforma de la demanda habían sido decretadas o no.

1.10 La Consejera Ponente rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto, **ya que en los términos de los artículos 243 y 246 del CPACA el pertinente era el de súplica**. Una vez hecha esta precisión, señaló que contra la decisión de rechazar el recurso no cabía recurso alguno.

1.11 La parte actora solicitó el uso de la palabra y adujo que cometió un error al enunciar el recurso de reposición, pues en realidad quería hacer alusión al recurso contenido en el artículo 246 del CPACA.

1.12 La Consejera Ponente afirmó que no había lugar a acceder a la petición del apoderado de la parte demandante comoquiera que aquel *“era un profesional del derecho y por eso debía conocer los recursos pertinentes”*<sup>1</sup> así las cosas dicha decisión quedó ejecutoriada. Por ello, continuó con la diligencia y puso de presente que sería del caso fijar fecha y hora para celebrar audiencia de pruebas de no ser porque todas las pruebas decretadas tenían el carácter de documental lo cual permitía prescindir de dicha diligencia.

1.13 Una vez adoptada la decisión de prescindir de la audiencia descrita en el artículo 181 del CPACA, la Consejera Ponente *“complementó”* el decreto de pruebas, **esta vez en relación con los medios de convicción solicitados y aportados en la reforma a la demanda**, para lo cual aseveró que se decretaban como tal únicamente aquellos que tenían relación con el *“primer cargo”* y que **se negaban todos los que estuviesen relacionados con los cargos de nulidad respecto de los cuales no fue admitida la reforma**. No obstante, no identificó con claridad y precisión a cuales se refería.

1.14 Momento seguido, la Magistrada Ponente reiteró su decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y señaló que en los próximos días informaría si se realizaría audiencia de alegaciones y juzgamiento o si por el contrario, en aplicación del inciso final del artículo 181 del CPACA, el proceso se volvería escritural. Esta decisión fue notificada en estrados.

1.15 El demandante interpuso recurso de súplica contra la decisión de no celebrar la audiencia de pruebas. Para el efecto, puso de presente que no había lugar a suprimir esta etapa del proceso, comoquiera que existía una prueba por recaudar, concerniente a la práctica de un testimonio solicitado en la reforma a la demanda y, que a su juicio, resultaba pertinente para demostrar cómo se adelantaban los contratos en el consulado de Nueva York.

1.16 Por su parte, el coadyuvante coadyuvó el recurso y advirtió que no hubo pronunciamiento alguno respecto de la prueba testimonial solicitada, razón por lo cual, lo procedente era: i) decretar la prueba concerniente al testimonio de la señora Lilitiana Melo y ii) revocar el auto por medio del cual se pretermitió la audiencia de pruebas, para que en dicha diligencia se escuchara a la citada ciudadana.

1.17 Frente a esta situación, el Ministerio Público pidió el uso de la palabra y señaló que no cabía el recurso de súplica comoquiera que el Despacho Conductor del proceso **no negó de manera expresa la prueba**

1 Folio 735 del Expediente y CD de audiencia inicial fl. 755.

**solicitada.** Por consiguiente, a su juicio, lo pertinente era que la Magistrada Ponente "*reconsiderara*" su decisión e hiciera pronunciamiento expreso respecto a si decretaba o no la prueba testimonial.

1.18 En uso de la palabra, después de la intervención del Representante de la Procuraduría, el demandado sostuvo que no era viable el decreto de la prueba testimonial, toda vez que: i) en el expediente obraba prueba documental de la cual se podía extraer la información que se pretendía aportar con el testimonio y ii) está vedado decretar una prueba que en nada toca con la fijación del litigio.

1.19 Bajo este panorama, la Magistrada Ponente hizo un pronunciamiento expreso sobre la prueba testimonial y negó su práctica porque, a su juicio, dicho testimonio no aportaría nada al proceso, comoquiera que no tiene relación alguna con la causal de inhabilidad alegada.

En consecuencia, se mantuvo en su decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y seguir adelante con la etapa de alegaciones y juzgamiento. Finalmente, señaló que dicha decisión quedaba notificada en estrados.

1.20 Frente a la decisión anterior, esto es, la de no celebrar la audiencia de pruebas tanto la parte demandante como su coadyuvante insistieron en la interposición del recurso de súplica.

## 2. Del recurso de súplica

Tal y como quedo expuesto en los antecedentes de esta providencia, la decisión objeto del recurso fue notificada en estrados, y la sustentación del mismo, así como su correspondiente traslado a la parte contraria se surtió en el marco de la audiencia inicial.

En efecto, el **apoderado de la accionante** procedió a dar sustento al recurso de súplica interpuesto y presentó los siguientes argumentos:

Señaló que el testimonio a decretar es de suma importancia para el proceso, porque la señora Liliana Melo participó activamente en la campaña que adelantó el demandado en el año 2010 y por ello tuvo acceso a todas las actividades desarrolladas por el señor Buenahora Febres incluida la gestión de negocios adelantadas en los consulados de Nueva York y Newark.

Afirmó, que inhabilidad de "*gestión de negocios*" no se configura de manera inmediata, por el contrario se materializa a lo largo del tiempo comoquiera que se va construyendo de manera escalonada. Por consiguiente, no es posible avalar el argumento esgrimido por la Consejera Ponente, según el cual se niega el decreto de la prueba testimonial solo porque la señora Liliana Melo conoció al demandado en la campaña electoral del año 2010.

Puso de precedente que el testimonio sería de gran importancia y utilidad debido a que de él se podría extraer información relevante, v.gr. quien es el señor Jhon Moreno Escobar, qué gestiones realizaba el citado ciudadano en el consulado de Nueva York, así como determinar cuál era su relación con los funcionarios del consulado y con el demandado.

Finalmente, solicitó que se revoque el auto por medio del cual se negó la práctica de prueba y en su lugar se decrete la prueba testimonial y por contera se fije fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

El **coadyuvante** acompañó el recurso de súplica y sostuvo que el testimonio no busca trasladar el debate a lo ocurrido en el año 2010.

Adujo, que con dicha prueba se pretende acreditar el interregno en el cual surgió la relación entre el señor Jhon Moreno Escobar, el demandado y por ende cuáles son los orígenes de la causal de inhabilidad que se indilga al Representante Elegido.

Igualmente, la parte coadyuvante aseveró que el testimonio de la señora Liliana Melo es de gran valía para determinar si a través del tiempo se estableció una "*maquinaria electoral*" que vinculaba al señor Moreno Escobar favoreciendo la elección del señor Buenahora Febres como Congressista.

Finalmente, sostuvo que no decretar el testimonio iría en contravía de la búsqueda de la verdad real dentro del proceso.

La **parte demandada** descorrió traslado del recurso interpuesto y se opuso a la prosperidad del mismo. Para el efecto afirmó que:

i) el testimonio no conduciría a nada ni contribuiría con la búsqueda de la verdad procesal;

ii) la clase de vinculación del señor Jhon Moreno Escobar solo se puede verificar mediante documentos oficiales y no mediante testimonios, y

iii) lo que se pretende probar, ya está acreditado en el expediente comoquiera que en él obra documento contentivo de la respuesta a un derecho de petición, contestación en la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores explicó la clase de vinculación del señor Jhon Moreno y de la fundación Education Fund. con el consulado de Nueva York.

Por su parte, el **Ministerio Público** advirtió que la causal de inhabilidad correspondiente a la "*gestión de negocios*" tiene una temporalidad específica determinada en la Constitución y que por ello, desde ya se evidenciaba que la prueba solicitada estaba por fuera de ese lapso temporal.

Según la vista fiscal, que el medio de convicción a decretar tenga que ver con hechos acaecidos en el año 2010 significa que no existe objeto de la prueba, pues aun si con el testimonio

de la señora Melo se lograra demostrar que efectivamente el demandado gestionó negocios a favor del señor Jhon Moreno en el consulado de Nueva York, lo cierto es que esa conducta estaría por fuera de los 6 meses que contempla la Carta Política como período inhabilitante.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. De la procedencia del recurso de súplica

Es importante resaltar que el recurso de súplica, establecido en el artículo 246 del CPACA, procede contra los autos dictados en única o segunda instancia que por su naturaleza serían susceptibles de apelación. Al respecto, señala:

*“Artículo 246. Súplica. 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”*

Por su parte, los numerales 8 y 9 del artículo 243 del CPACA establecen:

*“Artículo 243. Apelación. 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:*

(...)

*8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.*

*9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.*

Aunque, tal y como expuso en los antecedentes el recurso de súplica se interpuso contra la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la Sala observa que en realidad la inconformidad de la demandante y del coadyuvante versa sobre

la negativa de decretar la prueba testimonial solicitada en la reforma a la demanda.

Así pues y atendiendo a que:

i) la decisión de negar la prueba testimonial se produjo de manera simultánea con la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y ii) tanto contra la decisión de negar el decreto de pruebas como contra la de pretermitir la audiencia de pruebas cabe el recurso de súplica por ser autos apelables, es claro que el estudio del recurso propuesto por la parte actora corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, con exclusión de la magistrada que profirió la decisión.

### 2. Planteamiento del problema

Como ha quedado expuesto a lo largo del texto, el recurso se presentó porque el Despacho Conductor del proceso decidió no celebrar la audiencia de pruebas, comoquiera que no existían medios de convicción que necesitasen ser practicados en esa diligencia.

A juicio de la demandante y del coadyuvante, la audiencia sí se debe celebrar puesto que es en el marco de esta etapa procesal en donde se puede llevar a cabo la prueba testimonial solicitada.

La Sala después de analizar el desarrollo de la audiencia inicial, observa que tanto la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas como la de negar el decreto de la prueba testimonial se produjeron de manera simultánea, toda vez que ambas fueron adoptadas en un mismo auto.

En efecto, en el caso concreto se encuentra una relación inescindible entre el auto que negó la prueba testimonial y el que prescindió de la audiencia de pruebas, pues la segunda decisión se fundamentó en que no había pruebas que practicar en audiencia pública y que por ello era viable pretermitir dicha etapa procesal.

Así las cosas, la cuestión a resolver por la Sala de Súplica se centra en determinar, en conexidad con lo anterior, si: i) debe decretarse y practicarse el testimonio solicitado por la parte actora y ii) debe prescindirse o no de la audiencia de pruebas.

### 3. Solución

Teniendo en cuenta el planteamiento jurídico planteado en el acápite inmediatamente anterior, la Sección se referirá en primer lugar a la viabilidad de decretar el testimonio de la señora Liliana Melo y posteriormente analizará si la audiencia de pruebas debe o no ser celebrada.

#### 3.1 Respecto al decreto de la prueba testimonial

Para analizar si se debe decretar la prueba testimonial es necesario remitirse al escrito en el cual se realizó dicha solicitud

y a las precisiones que se hicieron en cuanto a su objeto en la audiencia inicial, debido a que en estos dos momentos se expusieron las razones por las cuales, a juicio de la parte actora, el testimonio ayudará a determinar si se configuró o no la inhabilidad alegada.

En el escrito de reforma a la demanda la demandante pidió que se decretara como prueba testimonial la siguiente:

*"Solicito que sean decretados y practicados (sic) el testimonio de la señora Liliana Melo, quien fungió como testigo electoral del candidato a la Cámara de Representantes por la Circunscripción internacional y puede ser notificada en la (...), quien fue parte de la campaña electoral del Señor Jaime Buenahora en el año 2010, por lo que puede (sic) referencias de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que los contratistas de Nueva York y Newark se vinculan de manera directa con el demandado".<sup>2</sup> (Subrayas fuera de texto).*

La petición anterior fue reiterada por la parte actora en el recurso de súplica en los siguientes términos:

*(...) el testimonio de la señora Liliana Melo si sería un tanto trascendental o sería de suma importancia para el proceso, para la claridad del mismo comoquiera que precisamente esta persona en atención a las mismas actividades que desarrollaba y que conoció de primera mano al estar en una campaña electoral en el año 2010 (sic) y de conocer igualmente toda la gestión que realizaba el señor Jaime Buenahora, podría dar luces al estrado, al despacho sobre la gestión de los negocios y contratos que se venían dando en el año 2010 (...)"<sup>3</sup> (Subrayas fuera de texto).*

A su vez, la Red de Veedurías de Colombia (Redver)<sup>4</sup> en el escrito de coadyuvancia manifestó que:

*"Solicito, al Honorable Magistrado Ponente, que tenga como pruebas las documentales allegadas con la demanda, y en especial que se practiquen las testimoniales solicitadas, pues ellas tiene (sic) la potencialidad de evidenciar el actuar oculto del demandado en el uso de sus influencias para obtener cargos a favor de sus protegidos"<sup>5</sup>.*

Adicionalmente y para sustentar la necesidad de la prueba, la parte actora en el recurso de súplica señaló que era imperioso el decreto y práctica del testimonio de la Señora Liliana Melo, toda vez que, dicha persona al fungir como asesora del señor Jaime Buenahora Febres conoce a fondo como se realiza la contratación en el consulado de Nueva York.

2 Folio 305 del Expediente.

3 Tomado del CD contentivo de la Audiencia Inicial obrante a folio 755.

4 La Consejera Ponente en desarrollo de la audiencia inicial reconoció a esta persona jurídica como coadyuvante de la parte demandante.

5 Folio 725 del Expediente.

Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.

Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso<sup>6</sup>.

Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la "declaración de terceros"<sup>7</sup> también conocidos como testimonios.

Esta clase de prueba ha sido definida como: "una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso"<sup>8</sup>.

No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características<sup>9</sup>.

Así las cosas, la Sala observa que la prueba testimonial solicitada por la parte actora no puede ser decretada, debido a que, como se pasará a explicar, aquella es impertinente.

La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia"<sup>10</sup>.

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que

6 El citado artículo consagra: "Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales".

7 El capítulo 5º de la Sección Tercera, Título Único del Código General del Proceso regula la "Declaración de Terceros".

8 López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 3 "pruebas", Segunda Edición, Dupré Editores, 2008 pág. 181

9 El artículo en cita consagra: "Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

10 López Blanco, óp. cit., pág. 74.

nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso<sup>11</sup>.

En el caso concreto, la “*pertinencia*” de la “*declaración de terceros*” está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba es determinante o no para el proceso electoral, se debe examinar si el medio de convicción solicitado tiene vocación de demostrar que el demandado se encuentra inhabilitado según el numeral 3 del artículo 179 Constitucional por haber gestionado negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York.

Conforme a lo expuesto, se evidencia con toda claridad que el testimonio de la señora Liliana Melo en nada toca con el objeto de la Litis, debido a que con él la parte actora pretende dar cuenta de hechos que acaecieron en el año 2010 respecto a las contrataciones en los consulados de New York y Newark.

El testimonio pretende ahondar sobre situaciones que se presentaron en el año 2010, es decir, hechos que acaecieron cuando el demandado no estaba en período de “*campaña*” comoquiera que aún no había sido inscrito como candidato al Congreso para el período 2014-2018.

Igualmente, es de anotar que las situaciones que se pretenden acreditar con la declaración de la señora Melo, desborda el período inhabilitante que consagra la Constitución para la “*gestión de negocios*” a favor de terceros.

En efecto, el numeral 3 del artículo 179 señala que la inhabilitación se materializa “*dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección*” lo que significa que solo atañe al proceso electoral que hoy nos ocupa, estudiar las pruebas que evidencien la presunta inhabilitación que se indilga al señor **Buenahora Febres** y que se encuentren dentro de los seis meses anteriores al 9 de marzo de 2014, fecha en la cual se produjo la elección del demandado.

Cualquier medio de convicción que intente llevar a la certeza sobre hechos ocurridos más allá del tiempo antes descrito, esto es, los seis meses previos a la elección, desborda el objeto de la litis y se volvería inocuo. Por ello, la Sala considera que es errónea la posición tanto del demandante como del coadyuvante cuando afirman que al indagar sobre los hechos que ocurrieron en 2010 “*se está evidenciando los orígenes de la inhabilitación alegada*”, pues conocer desde cuando existe la presunta relación entre el señor Moreno Escobar y el demandado, en nada devela si se materializaron o no los elementos configurantes de la inhabilitación.

Bajo este panorama, se puede afirmar que le asiste plena razón al Ministerio Público cuando advirtió que el testimonio solicitado versa sobre situaciones fácticas que sobrepasan el tiempo del período inhabilitante, pues es evidente que los hechos relacionados con la presunta gestión de negocios adelantada por el demandado en el año 2010, acaecieron con mucha antelación al lapso consagrado por el constituyente para esta clase de inhabilitación.

Por otro lado, en el escrito de la reforma se arguye que el testimonio de la señora Liliana Melo es de suma importancia para el proceso de nulidad electoral, porque aquella fungió como testigo electoral del demandado.

Este argumento solo refuerza el carácter impertinente de la prueba solicitada, comoquiera que en su calidad de veedora de los comicios, la señora Melo únicamente podría suministrar información relacionada con la cantidad de votos y con el desarrollo de la jornada electoral en las mesas de votación, lo cual no solo en nada toca con la inhabilitación alegada, sino que además correspondería a información que sería útil en un proceso de nulidad electoral de carácter objetivo, sin que el *subjudice* tenga dicha calidad.

Aunado a lo anterior, se evidencia que el testimonio también es impertinente porque pretende dar cuenta de unas contrataciones realizadas en el consulado de Newark, desconociendo que los cargos que estaban relacionados a estas presuntas gestiones no fueron admitidos en la reforma de la demanda por cuanto en su momento, frente a estos, ya había operado el fenómeno de la caducidad.

En efecto, tal y como se describió en los antecedentes de esta providencia, la Sección en auto del 11 de diciembre de 2014 determinó que no había lugar a aceptar la reforma a la demanda en lo que concernía a los cargos de nulidad relacionados con la presunta inhabilitación por haber gestionado negocios a favor de terceros en el consulado de Newark, toda vez que, los mismos no habían sido relacionados en la demanda inicialmente presentada y por ello respecto a ellos había acaecido caducidad<sup>12</sup>.

Finalmente, la Sección resalta que el objeto de la prueba testimonial, se agotó porque a folio 618 del expediente obra prueba documental suscrita por el cónsul de Colombia en Nueva York en el que se informa con todo de detalle qué clase de vinculación tuvo el citado ciudadano con dicha dependencia consular. Así pues, contrario a lo sostenido por los recurrentes, el testimonio solicitado no ayudara a revelar “*la verdad procesal*” porque en el expediente existe prueba de la cual se puede extraer la calidad del señor Moreno Escobar y su relación con la oficina diplomática de la ciudad de Nueva York.

En suma, se colige que la prueba testimonial solicitada por la demandante carece de pertinencia, y que por tal razón su decreto y práctica debe ser negado.

### 3.2 De las demás pruebas solicitadas en la reforma a la demanda

No escapa a la Sala el hecho de que, ni para las partes, ni para el Ministerio Público, ni para los magistrados que hoy conocemos de este recurso, existe certeza acerca de cuáles fueron las pruebas documentales aportadas con la reforma a la demanda que fueron decretadas y cuáles las que quedaron excluidas de la valoración<sup>13</sup>.

11 Ibidem.

12 Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto del 11 de diciembre de 2014, Radicado 1100103280002014011100 C. P. (e). Alberto Yepes Barreiro.

13 Recuérdese que en su momento cuando se solicitó a la Magistrada Ponente que se pronuncie sobre las pruebas de la reforma a la demanda, aquella se limitó a señalar que se decretarían “*únicamente aquellos medios de convicción que tuvieran relación con el “primer cargo” y que se negaban*”

En consecuencia, en aras a garantizar el principio de publicidad de la prueba<sup>14</sup> y a evitar posibles nulidades, la Sección invita a la Magistrada Ponente del proceso de la referencia para que le informe a las partes, al Ministerio Público y a al resto de la Sala, de manera clara, expresa y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y en el mismo sentido indique las que se excluirán, por ejemplo, por no tener puntos de contacto con la fijación del litigio o porque buscan acreditar aquellos cargos respecto a los cuales se rechazó la reforma a la demanda.

### 3.3 Respetto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas

Ahora bien respecto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la ley consagra la posibilidad de que el juez pretermita esta etapa procesal siempre y cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia.

En el *sub judice* el Despacho Conductor del proceso determinó que se prescindiría de esta etapa, porque todas las pruebas allegadas eran de carácter documental.

La Sala advierte que la anterior decisión se encuentra ajustada a derecho, pues como se mostró, habiéndose negado la práctica de la prueba testimonial es evidente que no es imperioso celebrar esta diligencia, máxime cuando el derecho al debido proceso se puede satisfacer colocando los documentos allegados al proceso a disposición de las partes por un término razonable y conjunto, en el que aquellas podrán conocer el contenido íntegro de los documentos, tacharlos de falsos y realizar todas las acciones tendientes a materializar el derecho a la defensa.

En síntesis, no hay lugar a revocar la decisión de no realizar audiencia de pruebas, debido a que todas las pruebas obrantes en el expediente tienen carácter documental.

## 4. Conclusión

Con base en los anteriores razonamientos, la Sección concluye que:

- No es viable decretar ni practicar la prueba testimonial solicitada, toda vez que, la misma no es pertinente para el objeto de este proceso.

*todos los que estuviesen relacionados con los cargos de nulidad respecto de los cuales se declaró la caducidad". Fl. 735 y CD Audiencia inicial.*

<sup>14</sup> En efecto, se ha entendido que la publicidad de la prueba no solo implica que el juez no oculte los medios de convicción obrantes en el expediente, pues aquel también recoge el derecho de las partes a conocer cuáles son las pruebas decretadas, en aras a examinarlas y controvertirlas comoquiera que dicho principio está en íntima relación con el derecho a la defensa. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando en sentencia C-1270 de 2000 señaló que en los procesos judiciales se debe reconocer, entre otros, "el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción".

- Comoquiera que no existe claridad sobre cuáles son las pruebas documentales aportadas con la reforma a la demanda, se solicita a la Magistrada Ponente que exprese con toda claridad cuáles de las pruebas documentales allegadas con la demanda y obrantes a folios 325 a 576 serán los medios de convicción que serán tenidos en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuáles de estos mismos textos se excluirán del debate.
- No hay lugar a revocar la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, pues todas las pruebas allegadas al proceso tienen el carácter de documental.

Así pues, en la parte resolutoria de esta providencia se **confirmará** en su integridad la decisión adoptada por la Consejera Ponente el 16 de febrero de 2015 mediante la cual se negó el decreto de la prueba testimonial y se **prescindió** de la audiencia de pruebas advirtiendo a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno.

Adicionalmente, como se advirtió se instará a la Consejera Ponente para que le informe a las partes a la Sala y al Ministerio Público, de manera clara y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuales se excluirán del debate probatorio.

## 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,

### RESUELVE

**Primero: Confirmar** la decisión adoptada por la Consejera Ponente en auto del 16 de febrero de 2015, en el sentido de negar el decreto de la prueba testimonial y de prescindir de la audiencia de pruebas.

**Segundo: Solicitar** a la Magistrada Ponente que le informe a las partes, al Ministerio Público y al resto de la Sala de manera clara y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuales se excluirán del debate probatorio.

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidente  
Aclaración de Voto  
**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**PRUEBAS - Finalidad/PRUEBA - El juez debe analizar si es necesaria pertinente y conducente/ DECRETO DE PRUEBAS - Es acorde a derecho hacer preponderar en el decreto de la prueba los aspectos relacionados con el tema de prueba y los elementos intrínsecos y extrínsecos de los medios probatorios**

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que aunque estoy de acuerdo con el auto proferido, la razón que me lleva a aclarar mi voto es el tratamiento desigual que advierto con respecto a la decisión que la Sala adoptara el pasado 27 de noviembre de 2014 dentro del proceso 2014-00051-00 de Iván Medina Ninco contra Ana María Rincón Herrera (Representante a la Cámara por el Departamento del Huila), proceso en el que valga precisar el Consejero doctor Alberto Yepes Barreiro fue separado del conocimiento por aceptación de impedimento.

En efecto, recuerdo que en la audiencia inicial negué unas pruebas testimoniales y documentales tendientes a comprobar un hecho que consideré impertinente a la causal de nulidad electoral planteada, relacionada con el suceso funesto de la muerte del hijo de la Congresista demandada.

En esa oportunidad indiqué que no era tema de prueba y, por ende, era impertinente en tanto no resultaban procedentes para probar la causal de nulidad alegada. La Sala integrada por la doctora Susana Buitrago y la Conjuez doctora Esperanza Gómez de Miranda, revocó la decisión (...) (C) considero que se dio al traste con los requisitos intrínsecos de la prueba que deben ser analizados por el operador para saber si incorpora o no a la comunidad probatoria (pertinencia y conducencia) y con el tema de prueba.

En mi opinión, es acorde a derecho hacer preponderar en el decreto de la prueba los aspectos relacionados con el tema de prueba y los elementos intrínsecos y extrínsecos de los medios probatorios, como usted en efecto lo hace en el auto de 5 de marzo de 2015.

Aclaración de voto

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que aunque estoy de acuerdo con el auto proferido, la razón que me lleva a aclarar mi voto es el tratamiento desigual que advierto con respecto a la decisión que la Sala adoptara el pasado 27 de noviembre de 2014 dentro del proceso 2014-00051-00 de Iván Medina Ninco contra Ana María Rincón Herrera (Representante a la Cámara por el Departamento del Huila), proceso en el que valga precisar el Consejero doctor Alberto Yepes Barreiro fue separado del conocimiento por aceptación de impedimento.

En efecto, recuerdo que en la audiencia inicial negué unas pruebas testimoniales y documentales tendientes a comprobar un hecho que consideré impertinente a la causal de nulidad electoral planteada, relacionada con el suceso funesto de la muerte del hijo de la Congresista demandada. En esa oportunidad indiqué que no era tema de prueba y, por ende, era impertinente en tanto no resultaban procedentes para probar la causal de nulidad alegada.

La Sala integrada por la doctora Susana Buitrago y la Conjuez doctora Esperanza Gómez de Miranda, revocó la decisión argumentando lo siguiente:

*“... es claro que si las partes aportan las pruebas como ocurre cuando los demandantes lo bacen con el escrito de demanda y los demandados al contestarla, le corresponde al juez su admisión. Porque frente a ellas la actividad judicial recae en aceptar como tales las que así aduzcan las partes. Escenario diferente es el que se presenta cuando se pide su práctica, pues en este caso, no reposan en el expediente y por lo tanto requieren que además de que se resuelva sobre su decreto, se practiquen, v.gr. como ocurre cuando se pide recepcionar testimonios o rendir dictámenes periciales.*

*Valorar o apreciar la prueba es actividad propia de etapa procesal posterior, que el operador judicial lleva a cabo con el propósito o finalidad de conocer el mérito o convicción que le ofrece el medio de prueba que fue decretado, o sobre las que fueron acompañadas con la demanda o la contestación y que en oportunidad precia (la del decreto de pruebas) admitió a simple título de tenerlas como tales.*

*De esta manera, no es dable antictpar el otorgamiento de valor probatorio a los documentos que ya obran en el expediente durante la oportunidad procesal que solo es para decretarlas, porque ello corresponde a un aspecto propio de apreciarse cuando se decida de fondo sobre las censuras planteadas contra el acto de elección.*

*Entonces, los documentos que la accionada allegó con la contestación de la demanda sí debieron aceptarse como prueba, por lo tanto se revocará la decisión de negar su decreto para, en su defecto, considerarlos como tales con el valor que les corresponda según la ley, y por la apreciación que se realice al examinarlos cuando corresponda dictar decisión de mérito que defina el proceso.”*

Con ese análisis, considero que se dio al traste con los requisitos intrínsecos de la prueba que deben ser analizados por el operador para saber si los incorpora o no a la comunidad probatoria (pertinencia y conducencia) y con el tema de prueba.

En mi opinión, es acorde a derecho hacer preponderar en el decreto de la prueba los aspectos relacionados con el tema de prueba y los elementos intrínsecos y extrínsecos de los medios probatorios, como usted en efecto lo hace en el auto de 5 de marzo de 2015.

En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

**LEY 1437 DE 2011 - Régimen de transición y vigencia de la norma/Ley 1437 DE 2011-Medio de control de nulidad electoral - MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Caducidad/CADUCIDAD - Reglas para contabilizarla por la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011/Ley 1437 DE 23011 - Toda actuación, procedimiento, demanda o proceso judicial que se promueva a partir del dos de julio de 2012, se debe sujetar a sus disposiciones/CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos que estuvieren en curso el dos de julio de 2012, continuarán rigiéndose por las disposiciones del C. C. A./CADUCIDAD - Si el acto electoral se expide con posterioridad al dos de julio de 2012, el término de caducidad es de treinta (30) días. Ley 1437 de 2011/CADUCIDAD - Si el acto electoral se expide con anterioridad a la vigencia del CPACA, pero la demanda se instaura posteriormente al dos de julio de 2012, el término de caducidad es de veinte (20) días. C.C. A.**

Los antecedentes del presente asunto revelan que la Resolución No. 032 de 2012, la expidió el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia el 29 de marzo de 2012 y que la demanda se radicó el veintiocho de enero de 2015, cuando ya había entrado a regir la Ley 1437 de dieciocho de enero de 2011 o CPACA, hecho que según el artículo 308 ocurrió el dos de julio de 2012.

Por la importancia que tiene esta norma para determinar si la demanda se radicó o no en tiempo, es apropiado citarla literalmente. "Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.

El presente Código comenzará a regir el dos de julio del año 2012. Este Código solo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior". La norma anterior contiene las siguientes reglas: En primer lugar, que toda actuación y procedimiento ante la Administración, y toda demanda o proceso judicial que se promueva a partir del dos de julio de 2012, cuando entró en vigencia el régimen jurídico del CPACA, se debe sujetar a sus disposiciones. Así, se otorga plena eficacia jurídica a la regla de no retroactividad de la ley, de suerte que la mencionada codificación operará hacia el futuro, ante los asuntos en cita, que hayan iniciado su curso luego de aquélla fecha. Y, en segundo lugar, que los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos que estuvieren en curso el dos de julio de 2012, continuarán rigiéndose por las disposiciones del C. C. A.

Esto significa, que si alguna actuación administrativa o jurisdiccional inició su curso bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, el hecho de que haya entrado en vigor el CPACA, no implica que deban aplicarse sus preceptos, pues en tal caso se deben seguir tomando en cuenta las disposiciones del C. C. A.

No obstante pese a la claridad de las anteriores reglas, el Despacho debe hacer algunas precisiones en torno a situaciones peculiares, que precisamente fueron advertidas con ocasión del matiz que ofrece este caso. Una de ellas tiene que ver con la formulación de la demanda de nulidad contra actos electorales proferidos luego del dos de julio de 2012, esto es una vez en vigor el CPACA; y la otra, concierne a las demandas instauradas con posterioridad a dicha fecha, pero contra actos electorales emitidos antes de la vigencia del CPACA.

Si se trata del primer evento, en que el acto electoral se expide con posterioridad al dos de julio de 2012, y de contera la demanda de nulidad electoral se instaura bajo la vigencia del CPACA, el término de caducidad se rige por lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 de la nueva codificación, esto es que la demanda debe interponerse en el término de treinta (30) días, contados en la forma dispuesta en el inciso 1° del artículo 65 *ibídem*, es decir a partir del día siguiente a la publicación del respectivo acto en el *Diario Oficial* o en la gaceta oficial de la correspondiente entidad. Y, en el segundo evento, en que el acto electoral se expide con anterioridad a la vigencia del CPACA, pero la demanda se instaura posteriormente al dos de julio de 2012, el término de caducidad es el fijado en el artículo 136 numeral 12 del C. C. A., esto es de veinte (20) días, sin que su cómputo se surte en los términos del inciso 1 del artículo 65 *ejusdem*, es decir, que no se cuenta a partir del día siguiente a la publicación del acto administrativo en el *Diario Oficial* o en la gaceta oficial de la respectiva entidad, porque dicha norma no estaba vigente para la época en que se expidió el acto. A contrario sensu, el término de caducidad de veinte (20) días, en el caso anterior, se computa en la forma establecida en el artículo 136 numeral 12 del C. C. A., porque fue bajo su vigencia que se expidió el acto, es decir, que ese lapso se cuenta a partir "...del día siguiente a aquel 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..." y no desde su publicación como equivocadamente lo entiende la actora.

En este orden de ideas, como el señor Ignacio Mantilla Prada - Rector de la Universidad Nacional de Colombia fue notificado, cuando menos, de su elección desde el día de la posesión de su cargo, el término de caducidad de 20 días corrió a partir del día siguiente hábil a esta.

Por tanto, en razón a que la demanda se radicó el 28 de enero del presente año, no hay duda que para esa fecha ya se había configurado la caducidad, lo cual lleva a que se rechace la demanda.

Nota de Relatoría: Esta sección en auto de 4 de octubre de 2012 con Radicado 11001-03-28-000-2012-00041-00,

se pronunció sobre el fenómeno de la caducidad bajo los mismos presupuestos que se establecen en el presente auto.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 – artículo 308

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00070-00

Actor: Natalia Calderón Páez

Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Se pronuncia el Despacho sobre la admisibilidad de la demanda electoral contra la Resolución No. 032 de 2012, "por la cual se designa al profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo institucional 2012-2015".

**ANTECEDENTES**

**La demanda**

La ciudadana Natalia Calderón Páez, a nombre propio, presentó el 28 de enero de 2015 demanda de nulidad electoral, con el fin de que se declarara nula la Resolución No. 032 de 29 de marzo de 2012, expedida por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia, mediante la cual fue elegido como Rector de la Universidad Nacional de Colombia el señor Ignacio Mantilla Prada.

Se invocan como normas violadas la Ley 489 de 1998 y el artículo 7° de la Ley 962 de 2005. Señaló que la infracción de estas disposiciones se presentó por la omisión de la publicación en el *Diario Oficial* de la Resolución No. 279 de 2011 "Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2012-2015.

La señora Natalia Calderón dentro del acápite que denominó "presupuestos procesales de la demanda", explicó en cuanto a la oportunidad procesal que "de conformidad con el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo (sic), [la demanda] podrá presentarse dentro de los (30) días siguientes a la publicación del nombramiento en el *Diario Oficial* -artículo 164 de la Ley No. 1437 de 2011-" y que "a la fecha, el acto impugnado NO ha sido publicado en el *DIARIO OFICIAL*, no han empezado a correr los 30 días a que alude el artículo 164".

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

Este Despacho es competente para resolver sobre la admisión de la demanda por lo dispuesto en el artículo 276 del CPACA.

Sobre la caducidad

Los antecedentes del presente asunto revelan que la Resolución No. 032 de 2012, la expidió el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia el 29 de marzo de 2012 y que la demanda se radicó el 28 de enero de 2015, cuando ya había entrado a regir la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 o CPACA, hecho que según el artículo 308 ocurrió el 2 de julio de 2012. Por la importancia que tiene esta norma para determinar si la demanda se radicó o no en tiempo, es apropiado citarla literalmente.

"Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código solo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".

La norma anterior contiene las siguientes reglas:

En primer lugar, que toda actuación y procedimiento ante la Administración, y toda demanda o proceso judicial que se promueva a partir del 2 de julio de 2012, cuando entró en vigencia el régimen jurídico del CPACA, se debe sujetar a sus disposiciones. Así, se otorga plena eficacia jurídica a la regla de no retroactividad de la ley, de suerte que la mencionada codificación operará hacia el futuro, ante los asuntos en cita, que hayan iniciado su curso luego de aquella fecha.

Y, en segundo lugar, que los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos que estuvieren en curso el 2 de julio de 2012, continuarán rigiéndose por las disposiciones del C. C. A.

Esto significa, que si alguna actuación administrativa o jurisdiccional inició su curso bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, el hecho de que haya entrado en vigor el CPACA, no implica que deban aplicarse sus preceptos, pues en tal caso se deben seguir tomando en cuenta las disposiciones del C. C. A.

No obstante pese a la claridad de las anteriores reglas, el Despacho debe hacer algunas precisiones en torno a situaciones

peculiares, que precisamente fueron advertidas con ocasión del matiz que ofrece este caso. Una de ellas tiene que ver con la formulación de la demanda de nulidad contra actos electorales proferidos luego del 2 de julio de 2012, esto es una vez en vigor el CPACA; y la otra, concierne a las demandas instauradas con posterioridad a dicha fecha, pero contra actos electorales emitidos antes de la vigencia del CPACA.

Si se trata del primer evento, en que el acto electoral se expide con posterioridad al 2 de julio de 2012, y de contera la demanda de nulidad electoral se instaura bajo la vigencia del CPACA, el término de caducidad se rige por lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 de la nueva codificación, esto es que la demanda debe interponerse en el término de treinta (30) días, contados en la forma dispuesta en el inciso 1 del artículo 65 *ibídem*, es decir a partir del día siguiente a la publicación del respectivo acto en el *Diario Oficial* o en la gaceta oficial de la correspondiente entidad.

Y, en el segundo evento, en que el acto electoral se expide con anterioridad a la vigencia del CPACA, pero la demanda se instaura posteriormente al 2 de julio de 2012, el término de caducidad es el fijado en el artículo 136 numeral 12 del C. C. A., esto es de veinte (20) días, sin que su cómputo se surte en los términos del inciso 1 del artículo 65 *ejusdem*, es decir, que no se cuenta a partir del día siguiente a la publicación del acto administrativo en el *Diario Oficial* o en la gaceta oficial de la respectiva entidad, porque dicha norma no estaba vigente para la época en que se expidió el acto.

A contrario sensu, el término de caducidad de veinte (20) días, en el caso anterior, se computa en la forma establecida en el artículo 136 numeral 12 del C.C.A., porque fue bajo su vigencia que se expidió el acto, es decir, que ese lapso 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...”<sup>1</sup> y no desde su publicación como equivocadamente lo entiende la actora.

En este orden de ideas, como el señor Ignacio Mantilla Prada - Rector de la Universidad Nacional de Colombia fue notificado, cuando menos, de su elección desde el día de la posesión de su cargo, el término de caducidad de 20 días corrió a partir del día siguiente hábil a esta.

Por tanto, en razón a que la demanda se radicó el 28 de enero del presente año, no hay duda que para esa fecha ya se había configurado la caducidad, lo cual lleva a que se rechace la demanda.

En mérito de lo expuesto,

### III. RESUELVE

Primero.- Rechazar, por caducidad, la demanda de Nulidad Electoral interpuesta por Natalia Calderón Páez contra la elección de Ignacio Mantilla Prada -Rector de la Universidad Nacional de Colombia.

Segundo.- En firme esta providencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>1</sup> Esta sección en auto de 4 de febrero de 2012 con Radicado 110010328000201200041-00, se pronunció sobre el fenómeno de la caducidad bajo los mismos presupuestos que se establecen en el presente auto.

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que resolvió otro recurso de súplica/ RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Rechazo porque es improcedente la súplica de súplica/ ACLARACIÓN DE AUTO - El interrogante que se plantea, se refiere a los efectos que tiene la declaratoria de una nulidad que no es otra que los efectos *ex tunc*/NULIDAD PROCESAL - Los efectos son *ex tunc*, hacia atrás o desde siempre, como si lo anulado jamás hubiese existido o jamás se hubiese emitido**

El apoderado judicial de Moisés Orozco Vicuña presentó recurso de súplica contra el auto de 5 de marzo de 2015, que anuló el auto de 24 de febrero del mismo año, por cuanto en él no se explicó la competencia de la Sala para declarar la nulidad.

Lo primero que debe advertir la Sala, compuesta en este caso por los Magistrados Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro, es que, en los términos del artículo 246 del CPACA, contra lo decidido en súplica no procede el recurso. No obstante lo anterior, sí puede advertir que al haberse formulado recurso de súplica contra el auto de 24 de febrero de 2015 emitido por la Consejera Susana Buitrago Valencia, los demás integrantes de la Sección Quinta fueron habilitados para conocer sobre lo decidido en dicha providencia.

En ese orden, la Sala era competente para declarar oficiosamente la nulidad del referido auto, por ser contrario a la garantía fundamental del debido proceso y el principio de legalidad, por cuanto se asumieron decisiones extrañas y contrarias al ordenamiento jurídico.

En efecto, el auto de 24 de febrero era contrario al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el proceso electoral, porque el proceso que recibió la Consejera Buitrago Valencia estaba en el trámite de decidir sobre su acumulación con otros procesos en curso en la Sección y el sorteo del ponente, lo cual se omitió sin una razón válida para ello y se adoptaron, por el contrario, asuntos ajenos al trámite que correspondía. En ese sentido, en atención al derecho fundamental al debido proceso y, en observancia de los deberes de los jueces, artículos 42.5 del C. G. P. y 37 del C. P. C., se imponía a la Sección tomar las medidas para sanear los vicios de procedimiento. En este caso, reencauzar el proceso para dejarlo en la etapa correspondiente, que no era otra que la decisión sobre la acumulación y el sorteo del ponente.

En otros términos, en la decisión contenida en el auto de 24 de febrero de 2015, se presentó un arrogamiento de competencia que estaba pendiente de definición, como se explicó in extenso en el auto que resolvió la súplica, razón por la que se dio aplicación a la regla desarrollada en múltiples decisiones de esta Corporación, según la cual, los autos ilegales no atan al juez.

Por tanto, como el auto del 24 de febrero del año en curso era ilegal, la Sala tenía competencia para dejarlo sin efectos. Efectuada la anterior aclaración, la Sala no se pronunciará frente a los demás argumentos que se exponen en la súplica, porque en los términos del artículo 246 del CPACA, el auto que decide la súplica no es pasible de recurso alguno, prohibición coherente con los principios de seguridad jurídica y celeridad, tan importantes en el medio de control de nulidad electoral.

Por tanto, el recurso se rechazará porque es improcedente la súplica de súplica. Sobre la aclaración. En lo atinente a la aclaración radicada por el secretario general de la Cámara de Representantes, quien solicita se le explique cuál es el propósito de comunicarle la nulidad del auto de 24 de febrero de 2015, la Sala advierte lo siguiente.

En los términos del artículo 285 del CGP, la figura de la aclaración se puede presentar "cuando [la providencia] contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria de la sentencia o influyan en ella".

En ese sentido, es evidente que la aclaración que eleva el mencionado funcionario no se ajusta a los lineamientos de esta figura procesal. Entiende la Sala que el interrogante que realmente se plantea, se refiere a los efectos que tiene la declaratoria de una nulidad de índole procesal como la que decretó la Sala, que no es otra que los efectos *ex tunc*, es decir, hacia atrás o desde siempre, como si lo anulado jamás hubiese existido o jamás se hubiese emitido.

En este orden de ideas, se denegará la solicitud de aclaración formulada por el secretario general de la Cámara de Representantes, porque lo que cuestiona dicho funcionario no surge de conceptos o frases confusos en el auto de 5 de marzo de 2015, sino la falta de entendimiento de los efectos que produce la nulidad del auto del pasado 24 de febrero.

Fuente Formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 246/Código General del Proceso - Artículo 42 Numeral 5/Código General del Proceso - Artículo 285

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

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

La Sala decide el recurso de súplica y la aclaración formulados por el apoderado judicial de Moisés Orozco Vicuña y el secretario general de la Cámara de Representantes, respectivamente, frente al auto de 5 de marzo de 2015.

#### AUTO SUPPLICADO

La súplica se impetra contra el auto de 5 de marzo de 2015, que a su vez resolvió recurso de súplica formulado por el apoderado judicial de Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) y por el tercero coadyuvante Saúl Villar Jiménez contra el auto de 24 de febrero de 2015.

Con el auto de 5 de marzo del corriente año se decidió:

- (i) Declarar la nulidad del auto de 24 de febrero anterior;
- (ii) Devolver los procesos presentados contra María del Socorro Bustamante Ibarra (201400077, 201400097, 201400098 y 201400124), al despacho de Magistrada Susana Buitrago Valencia para que se pronuncie sobre la procedencia de la acumulación;
- (iii) Comunicar lo decidido a la Presidencia de la Cámara de Representantes, y
- (iv) Ordenar que los procesos adelantados contra Moisés Orozco Vicuña (201400096, 201400099, 201400123 y 201400127), se tramiten con independencia de los procesos promovidos contra María del Socorro Bustamante Ibarra.

Lo así resuelto se fundamentó en que las decisiones asumidas en el auto suplicado, no estuvieron ajustadas a derecho debido a que no se les dio la naturaleza intrínseca de una providencia de sustanciación y en cambio se les dio mero carácter de cúmplase, dado que contenía dos pronunciamientos interlocutorios y uno de impulso procesal, todos los cuales debían notificarse indefectiblemente.

En cuanto a los interlocutorios se advirtió que con ellos se violó el debido proceso y el principio de legalidad, puesto que la orden de “agregar” los procesos seguidos contra María del Socorro Bustamante Ibarra a los adelantados frente a Moisés Orozco Vicuña, desconocía lo previsto en el artículo 282 del CPACA, así como algunos autos en firme que ya habían ordenado la separación de los mismos. Y, porque la orden de dar posesión a los demandados como Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes fue el resultado de “apreciaciones” de la ponente, que al igual que lo anterior, no hacen parte de las atribuciones de los jueces de la República, mucho menos de los jueces electorales. De contera, la fijación de fecha para llevar a cabo la audiencia inicial carecía de todo sustento.

#### RAZONES DE LA SÚPLICA

El apoderado judicial de Moisés Orozco Vicuña sostiene que en el auto suplicado no se explicó de donde surgía la competencia para declarar la nulidad del mencionado auto. Señala que la

orden de “agregar” los procesos seguidos contra María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 282 del CPACA porque esa expresión es sinónima de “acumular”.

En cuanto a la “apreciación” efectuada en el auto de 24 de febrero de 2015, que sirvió de sustento a la orden de dar posesión a los demandados en la Cámara de Representantes, el apoderado suplicante la encuentra ajustada a derecho porque según el artículo 149 numeral 3 *ibidem*, la Sección Quinta del Consejo de Estado es la competente para conocer este tipo de procesos, que incluso desplaza al juez constitucional que tiene una competencia provisional mientras aquí se asume la respectiva decisión.

Informa que la medida cautelar adoptada por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura fue revocada por el conjuce Diego León Villamarín de la misma sala, con providencia de 15 de diciembre de 2014 proferida en la Tutela 1100101020002014202101, la cual ordenó posesionar a tales personas. Además, el auto de 24 de febrero de 2015 no hizo más que reiterar lo dicho por la Sección Quinta en otras providencias, que consideraron impróspera la suspensión provisional del acto enjuiciado.

#### FUNDAMENTOS DE LA ACLARACIÓN

El secretario general de la Cámara de Representantes, con oficio S.G.2-0310.15 de 10 de marzo de 2015, solicita aclaración del auto de 5 de marzo de 2015:

“...en el sentido de indicar el propósito de la comunicación ordenada en el Punto Tercero de la referida decisión, específicamente con la posesión del doctor MOISES (sic) OROZCO VICUÑA como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, período constitucional 2010-2014, en cumplimiento de la decisión judicial proferida por la Consejera Sustanciadora de la Sección Quinta del Consejo de Estado, doctora Susana Buitrago Valencia, en auto de fecha febrero 24 de 2015,...”.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre la súplica

El apoderado judicial de Moisés Orozco Vicuña presentó recurso de súplica contra el auto de 5 de marzo de 2015, que anuló el auto de 24 de febrero del mismo año, por cuanto en él no se explicó la competencia de la Sala para declarar la nulidad.

Lo primero que debe advertir la Sala, compuesta en este caso por los Magistrados Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro, es que, en los términos del artículo 246 del CPACA, contra lo decidido en súplica no procede el recurso.

No obstante lo anterior, sí puede advertir que al haberse formulado recurso de súplica contra el auto de 24 de febrero de 2015 emitido por la Consejera Susana Buitrago Valencia, los demás integrantes de la Sección Quinta fueron habilitados para conocer sobre lo decidido en dicha providencia.

En ese orden, la Sala era competente para declarar oficiosamente la nulidad del referido auto, por ser contrario a la garantía fundamental del debido proceso y el principio de legalidad, por cuanto se asumieron decisiones extrañas y contrarias al ordenamiento jurídico.

En efecto, el auto de 24 de febrero era contrario al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el proceso electoral, porque el proceso que recibió la Consejera Buitrago Valencia estaba en el trámite de decidir sobre su acumulación con otros procesos en curso en la Sección y el sorteo del ponente, lo cual se omitió sin una razón válida para ello y se adoptaron, por el contrario, asuntos ajenos al trámite que correspondía.

En ese sentido, en atención al derecho fundamental al debido proceso y, en observancia de los deberes de los jueces, artículos 42.5 del C. G. P. y 37 del C. P. C., se imponía a la Sección tomar las medidas para sanear los vicios de procedimiento. En este caso, reencauzar el proceso para dejarlo en la etapa correspondiente, que no era otra que la decisión sobre la acumulación y el sorteo del ponente.

En otros términos, en la decisión contenida en el auto de 24 de febrero de 2015, se presentó un arrogamiento de competencia que estaba pendiente de definición, como se explicó in extenso en el auto que resolvió la súplica, razón por la que se dio aplicación a la regla desarrollada en múltiples decisiones de esta Corporación, según la cual, **los autos ilegales no atan al juez**. Sobre el particular se ha indicado<sup>1</sup>:

*"En este orden de ideas las partes tienen el derecho de solicitar todo aquello permitido por el ordenamiento –peticiones respetuosas, interposición de recursos, solicitud de nulidades, etc.– y de que se les tramiten y resuelvan en debida forma tales peticiones; por su parte el juez, como director del proceso y en atención al papel activo que debe desempeñar, tiene el deber, en consideración a los principios que fundamentan el ejercicio de la función pública de la Administración de Justicia, de adoptar las medidas pertinentes para garantizar el debido y adecuado trámite de los procesos e incluso está habilitado para corregir; sea de oficio o a petición de parte, aquellos yerros en los cuales se hubiere incurrido en el procedimiento, en tanto tengan una trascendencia directa en el normal desarrollo de la litis o se ponga en peligro*

*la garantía de los derechos procesales que les correspondan a las partes; claro está, tales medidas que pueden y deben ser implementadas por el Juez deberán ajustarse, por su puesto, a los dictados previstos por el ordenamiento, al derecho de defensa y la igualdad de las partes"*<sup>2</sup>.

En línea con lo anterior, se ha considerado:

*"(...) dado que se encuentra que la decisión aludida, feebada en agosto 30 de 2007 en realidad no se ajusta a las previsiones legales que regulan la materia atinente a las prelacones para fallo, la Sala estima necesario y procedente revocarla, teniendo en cuenta para ello variados e importantes antecedentes en los cuales se ha concluido que los errores que comete el juez durante el curso de un proceso no lo atan y, por tanto, él puede y debe efectuar la corrección de los mismos, de manera ofictosa, en cuanto advierta su existencia.*

*Así se pronunció la Sala en el auto de julio 13 de 2000, expediente 17.583, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez:*

*Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre que "el auto ilegal no vincula al juez"; se ha dicho que:*

- *que la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo (³);*
- *que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores (⁴).*

1 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834). 14 de agosto de 2013.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2C, proveído de 18 de noviembre de 2009, exp. S-1256, oportunidad en la cual dicha Sala dejó sin efectos la sentencia por ella proferida dentro de ese asunto debido a errores que se cometieron al momento de dictar dicho fallo porque se encontró, luego de adoptada la decisión, que la impugnación interpuesta no correspondía a aquella relacionada con el asunto sub examine.

Posteriormente, a través de proveído de diciembre 3 de 2008 –exp. 34.239– la Sección Tercera de la Corporación dejó sin efectos su propia sentencia, con base en lo siguiente: "Para despejar cualquier inquietud o sombra de duda acerca de la decisión de fondo que en relación con el presente asunto deba adoptarse y para evitar así que pueda empañarse en alguna forma la transparencia que debe caracterizar todas las actuaciones de la Administración de Justicia, con apoyo en los principios constitucionales de moralidad, igualdad e imparcialidad y con el fin de asegurar la efectividad de los mismos, esta Sección del Consejo de Estado dejará sin efectos la sentencia dictada el 14 de agosto de 2008, de manera que el proyecto que para el efecto presente el Magistrado Director del proceso sea objeto de una nueva discusión al interior de la Sala".

3 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

4 Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237.

*La Sala es del criterio que los autos ejecutoriados que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, en este caso por ausencia de requisitos para declarar la existencia de título ejecutivo, al no constituir ley del proceso en virtud de que no hacen tránsito a cosa juzgada, por su propia naturaleza de autos y no de sentencias, no deben mantenerse en el ordenamiento jurídico.*

*Y afirma de esa manera, porque con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 la calificación de la República como un Estado de Derecho con Justicia Social tiene implicaciones, entre otros, en la Administración de Justicia.*

*No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio.*

*En sentido similar pueden consultarse, entre otras providencias judiciales de importancia dictadas por esta misma Sala, el Auto de mayo 10 de 1994, expediente 8237, M. P. doctor Carlos Betancur Jaramillo y el Auto de octubre 8 de 1987, expediente No. 4687, M. P. doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, así como también la providencia de marzo 23 de 1981, dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén<sup>5</sup>. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).*

Por tanto, como el auto del 24 de febrero del año en curso era ilegal, la Sala tenía competencia para dejarlo sin efectos.

Efectuada la anterior aclaración, la Sala no se pronunciará frente a los demás argumentos que se exponen en la súplica, porque en los términos del artículo 246 del CPACA, el auto que decide la súplica no es pasible de recurso alguno, prohibición coherente con los principios de seguridad jurídica y celeridad, tan importantes en el medio de control de nulidad electoral.

Por tanto, el recurso se rechazará porque es improcedente la súplica de súplica.

#### **Sobre la aclaración**

En lo atinente a la aclaración radicada por el secretario general de la Cámara de Representantes, quien solicita se le explique

cuál es el propósito de comunicarle la nulidad del auto de 24 de febrero de 2015, la Sala advierte lo siguiente.

En los términos del artículo 285 del C. G. P., la figura de la aclaración se puede presentar “cuando [la providencia] 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 ese sentido, es evidente que la aclaración que eleva el mencionado funcionario no se ajusta a los lineamientos de esta figura procesal. Entiende la Sala que el interrogante que realmente se plantea, se refiere a los efectos que tiene la declaratoria de una nulidad de índole procesal como la que decretó la Sala, que no es otra que los efectos *ex tunc*, es decir, hacia atrás o desde siempre, como si lo anulado jamás hubiese existido o jamás se hubiese emitido.

En este orden de ideas, se denegará la solicitud de aclaración formulada por el secretario general de la Cámara de Representantes, porque lo que cuestiona dicho funcionario no surge de conceptos o frases confusos en el auto de 5 de marzo de 2015, sino la falta de entendimiento de los efectos que produce la nulidad del auto del pasado 24 de febrero.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

#### **RESUELVE**

Primero. **Rechazar**, por improcedente, el recurso de súplica formulado contra el auto de 5 de marzo de 2015.

Segundo. **Denegar** la aclaración del auto proferido el 5 de marzo de 2015.

Tercero. **Remítase** copia de este auto al secretario general de la Cámara de Representantes.

Cuarto. **Aceptar** la renuncia al poder presentada por el doctor Raimundo Antonio Tello Benítez, quien actúa como apoderado judicial de Moisés Orozco Vicuña.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidenta

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de octubre de 2007, exp. 28.131.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ELECTORAL - Evolución normativa/ACCIÓN ELECTORAL - Caducidad/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Caducidad/Ley 1437 DE 2011 - Caducidad de la acción electoral/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Tiene un término de treinta días/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Si la elección se declara en audiencia pública, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de su declaratoria/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - En los demás casos de elección y nombramientos, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto**

En cuanto a la caducidad de la acción electoral, en vigencia del numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se tenía que: "(...) 12. La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del 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. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento. (...)". De la literalidad de la norma transcrita se tenía que:

1. La caducidad de la acción electoral era de veinte (20) días, y
2. Dicho término se contaba a partir de momentos distintos según las circunstancias de cada elección o nombramiento, así:

**2.1. La notificación del acto de elección.**

**2.2. La expedición del acto de nombramiento.**

2.3. La expedición del acto de confirmación, para aquellos casos en que la elección o nombramiento lo requería. Sobre la forma de contar la caducidad de la acción electoral, la Corte Constitucional, en sentencia C- 646 de 31 de mayo de 2000, con ponencia el Magistrado Fabio Morón Díaz, concluyó que "(...) los actos administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el *Diario Oficial* o en otro medio oficial destinado para el efecto (...)". Así las cosas, la Corte Constitucional produjo un cambio en la forma de contabilizar el término de caducidad de las acciones electorales dirigidas a juzgar la legalidad de los actos de elección o de nombramiento, consistente en que los 20 días para accionar ya no se contaban a partir del día siguiente a la notificación o expedición del acto, sino que debían tomarse desde el día siguiente a su publicación en el *Diario Oficial*.

Lo anterior parece razonable si se tiene en cuenta el carácter público de la acción electoral, el cual podría verse menoscabado si con ocasión de la falta de publicación de los actos objeto de control, los ciudadanos pierden la oportunidad de demandarlos.

Máxime si se tiene en cuenta el brevísimo término de caducidad que caracteriza a este medio de control, antes 20 y hoy 30 días. Con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011, se zanjó la discusión que se presentaba en el marco del Código Contencioso Administrativo respecto del extremo temporal inicial desde el que debía contarse el término de caducidad de la nulidad electoral.

En efecto, el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA prevé lo siguiente: "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. 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 las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación; (...)". De la norma transcrita se tiene que, actualmente, la caducidad de la acción electoral se caracteriza porque:

1. Tiene un término de treinta (30) días, y

2. Dicho término se cuenta desde momentos distintos, dependiendo de los siguientes escenarios:

2.1. Si la elección se declara en audiencia pública el término se cuenta a partir del día siguiente al de su declaratoria;

2.2. En los casos en que la elección o nombramiento requiera de confirmación, el término se cuenta a partir del día siguiente de la expedición de dicho acto, y

2.3. En los demás casos de elección y nombramientos, es decir, por regla general, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto, efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 del CPACA, es decir, "(...) en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales, según el caso".

Nótese que el legislador, con ocasión de la nueva normativa contenciosa administrativa, logró solucionar la discrepancia de criterios entre la Corte Constitucional y esta Corporación derivada de la sentencia C-646 de 2000.

En efecto, al establecer la Ley 1437 de 2011 que “deberán publicarse... los actos de elección distintos a los de voto popular” quedó claro que, en relación con los actos de elección que deben publicarse, “los demás casos de elección” a que se refiere el artículo 164 numeral 2 literal a, para efectos de la caducidad el término de treinta días para demandar se contará “a partir del día siguiente al de su publicación”.

Nota de Relatoría: Sentencia C-646 de 2000, Corte Constitucional.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011/Código Contencioso Administrativo - artículo 136 numeral 12

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que rechazó por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional/NULIDAD ELECTORAL - Cómputo del término de caducidad/Ley 1437 DE 2011 - Término de caducidad/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - En los casos de elección y nombramientos, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto**

En el presente asunto, por medio de auto de 15 de octubre de 2015, se rechazó de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional del acto acusado. Se tiene que el Despacho que sustanció la citada providencia, asimiló al acto por medio del cual se eligió al señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, como uno de aquellos en donde la elección:

(i) se declara en audiencia pública, y

(ii) está sujeta a confirmación. Por tanto, en aplicación del literal a) del artículo 164 del CPACA, contabilizó el término de caducidad de la acción, a partir del día siguiente de su acaecimiento (19 de agosto de 2014), es decir, a partir del 20 de agosto de 2014.

Pues bien, para la Sala la elección controvertida no encaja en aquellas que deban confirmarse ni tampoco puede válidamente asimilarse a una surtida en audiencia pública. Para la Sala no es posible considerar que el acto de elección del Contralor General de la República, sea un acto que se enmarque en el escenario de una audiencia pública, por cuanto, si bien la elección se realiza en una sesión pública, es decir, en la plenaria del Congreso de la República, ello no implica que en aquella se dé la participación procesal y el acceso al público e implique su participación activa, lo que sí ocurre en las elecciones de tipo popular.

Ahora bien, ocurre que tampoco puede asimilarse la elección del Contralor General de la República a una de aquellas en que se requiera de confirmación, puesto que no hay norma especial que exija dicho trámite, como por ejemplo sí existe cuando se trata de elecciones efectuadas por la rama judicial o en el caso de designación de notarios.

De conformidad con lo expuesto, es claro que en el auto de 15 de octubre de 2015, se aplicó erradamente el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, por cuanto la caducidad de la acción no debió contarse a partir del día siguiente en que se declaró la elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, toda vez que la misma no se llevó a cabo en el escenario de una audiencia pública, ni era objeto de confirmación.

Por el contrario, el término de caducidad debió contarse a partir de su publicación, es decir, del 24 de septiembre de 2014, fecha en la cual, el acta de la sesión de 19 de agosto de 2014, se publicó en la Gaceta Oficial del Congreso.

Lo anterior, tiene sustento en una correcta aplicación del literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

Por tanto, como la caducidad de la acción respecto del acto de elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, empezó a correr desde el 24 de septiembre de 2014, la oportunidad para demandarla era hasta el día 7 de noviembre de 2014.

Lo anterior no quiere decir que el acto electoral no pueda demandarse antes de su publicación.

En efecto, sostener lo contrario implicaría dejar en manos de la administración la posibilidad de que cualquier persona acuda al medio de control de nulidad electoral con el fin de controvertir los actos de nombramiento y elección. Si esto fuese así, se generaría la nefasta consecuencia de que se impida la publicación de este tipo de actos y, de contera, una eventual controversia electoral.

En consecuencia, como en el presente asunto el señor Carlos Mario Isaza presentó la solicitud de la medida cautelar el 2 de octubre de 2014, es decir, antes del plazo máximo en que caducó la acción e incluso de proferirse el auto de admisión de la demanda, de conformidad con las previsiones que esta Sección ha realizado al respecto, se evidencia que la medida precautelar fue solicitada en oportunidad y por tanto sobre su prosperidad habrá de pronunciarse la Sala, en virtud de las previsiones del último inciso del artículo 277 del CPACA.

Nota de Relatoría: El acto electoral se puede demandar antes de su publicación por cuanto este existe. Auto de 27 de junio de 2013, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2013-00008-00 Actor: Carlos Mario Isaza, demandado: Alejandro Ordóñez Maldonado y Auto de 30 de julio de 2014, Exp. 2014-00083-00, Actor Carlos Leonardo Hernández.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 164 numeral 2 literal a)

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00(S)

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano

Demandado: Contralor General de la República

La Sala se pronuncia sobre el recurso de súplica propuesto por el demandante contra el numeral segundo del auto proferido el 15 de octubre de 2014, mediante el cual la Consejera Ponente, Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rechazó de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional que el señor Carlos Mario Isaza Serrano promovió contra el acto que declaró la elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

1.1.El Congreso de la República de Colombia, en plenaria que se llevó a cabo el 19 de agosto de 2014, eligió como Contralor General de la República al señor Edgardo José Maya Villazón.

1.2.Mediante escrito radicado, ante la Secretaría de esta Sección, el 30 de septiembre de 2014, el ciudadano Carlos Mario Isaza Serrano solicitó la nulidad del acto de elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República.

1.3.Posteriormente, mediante escrito radicado el 2 de octubre de 2014, el actor pidió la suspensión provisional del acto acusado.

1.4.El asunto correspondió por reparto al Despacho de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, quien mediante auto de 15 de octubre de 2014:

- i) Admitió la demanda electoral, toda vez que encontró reunidos los requisitos formales de que trata el artículo 277 del CPACA y;
- ii) Rechazó de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional.

Respecto a la solicitud de suspensión provisional del acto de elección dentro del marco del proceso electoral, explicó que "(...) el artículo 277 del CPACA, establece que tal medida "debe solicitarse en la demanda", sin embargo la Sección Quinta de esta Corporación, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva ha dicho que ello no puede entenderse de una manera

*exegética<sup>1</sup> y ha expuesto dos posibles interpretaciones frente a la oportunidad en la que se puede solicitar la medida en el marco de un proceso electoral: i) que solamente puede presentarse en la demanda y ii) que puede pedirse con posterioridad a la presentación de la demanda, siempre que sea antes de su admisión y en vigencia del término de caducidad<sup>2</sup>".* (Negrilla del texto original).

En cuanto al caso concreto, indicó que "*El libelo incoado pretende que se declare la nulidad de la elección como Contralor General de la República del doctor Edgardo José Maya Villazón, llevada a cabo el 19 de agosto de 2014 y de la ratificación efectuada en la misma sesión, acto administrativo comunicado en estrados como se evidencia en el folio 67 del acta del Congreso en Pleno de la misma fecha*".

De acuerdo con lo anterior, en cuanto a la suspensión provisional solicitada, concluyó que "(...) el demandante presentó su escrito introductorio el 30 de septiembre de 2014 último día del plazo para ejercer el medio de control; posteriormente el 2 de octubre del presente año allegó solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección como Contralor General de la República del doctor Edgardo José Maya Villazón, expedido y comunicado por el Congreso de la República el 19 de agosto de 2014, evidenciándose así que la solicitud de la medida cautelar se realizó de manera extemporánea, situación que imposibilita su estudio y que acarrea como consecuencia su rechazo de plano". (Negrilla del texto original).

1.5.Contra la anterior decisión, el 21 de octubre de 2014, el accionante interpuso recurso de súplica, cuyo conocimiento correspondió a la Consejera Susana Buitrago Valencia, quien el 24 de noviembre de 2014 manifestó ante el Consejero Ponente, impedimento para conocer del caso.

1.6.Por auto de 1º de diciembre de 2014, el Consejero Ponente ordenó el sorteo de dos conjucees para integrar el cuórum para decidir el impedimento.

1.7.El 9 de diciembre de 2014, se celebró la diligencia de sorteo en la que resultaron escogidos los Doctores Ricardo Hoyos Duque y Jaime Córdoba Triviño.

1.8.Mediante auto de 5 de febrero de 2015, la Sala de Sección, conformada por el Ponente y los Conjucees mencionados, declaró fundado el impedimento presentado por la Doctora Susana Buitrago Valencia

1 Ver Auto de 27 de junio de 2013, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2013-0008-00 Actor: Carlos Mario Isaza, demandado: Alejandro Ordóñez Maldonado.

2 Auto de 30 de julio de 2014, Exp. 2014-00083-00, Actor Carlos Leonardo Hernández.

para resolver el proceso electoral de la referencia y, en consecuencia, se ordenó su separación del conocimiento del proceso.

1.9. Con posterioridad, el doctor Ricardo Hoyos Duque manifestó impedimento para integrar la Sala que habría de resolver sobre la súplica propuesta, por existir entre él y el demandado relación de amistad.

1.10. Mediante auto de 26 de febrero de 2015, la Sala, conformada por el Ponente y el doctor Jaime Córdoba, declaró fundado el impedimento presentado por el doctor Hoyos Duque para resolver el proceso electoral de la referencia y, en consecuencia, se ordenó su separación del conocimiento del proceso y el sorteo de un nuevo conjuer con el fin de recomponer la Sala que habría de resolver sobre el recurso de súplica presentado.

1.11. En diligencia de 13 de marzo de 2015 fue elegido en tal calidad el doctor Augusto Hernández Becerra.

## 2. Del recurso de súplica

Como se anotó, en escrito de 21 de octubre de 2014, el accionante interpuso recurso de súplica contra el auto de 15 de octubre de la misma anualidad, en el cual se decidió rechazar de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional del acto de elección demandado. Para el efecto, el recurrente se apoyó en los siguientes argumentos:

**Afirmó que la solicitud de suspensión provisional no se presentó de forma extemporánea, por cuanto si bien aquella fue radicada en la Secretaría de la Sección el 2 de octubre de 2014, lo cierto es que para esa fecha no había caducado la acción electoral.**

**Para sustentar lo anterior, indicó que en el presente asunto la nulidad demandada recae en un acto de elección adoptado en una sesión del Congreso de la República, respecto de la cual, el cómputo del término de caducidad de la acción, debe contarse a partir de la fecha en la cual dicha sesión fue publicada en la Gaceta Oficial del Congreso de la República, de acuerdo con las previsiones del artículo 65 y el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, y no desde la declaración de la elección demandada (19 de agosto de 2014), como se concluyó en el auto recurrido.**

Finalmente, adujo que junto con la demanda, anexó la respuesta de una petición que presentó ante el Secretario General del Senado de la República, en la cual se indica que a fecha 3 de septiembre de 2014 no se había publicado en la Gaceta Oficial del Congreso, el acta de la sesión en la que resultó electo el señor Contralor General de la República, por tanto, en criterio del recurrente, no era posible contar el término de caducidad de la acción electoral desde el 19 de agosto de 2014 y, por ende, rechazar la solicitud de suspensión provisional del acto

presentada el 2 de octubre de 2014, toda vez que no existía la certeza de la publicación del acto demandado.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia y oportunidad

**Es importante resaltar que el recurso de súplica, establecido en el artículo 246 del CPACA, procede contra los autos dictados en única o segunda instancia que por su naturaleza serían susceptibles de apelación. Al respecto, dicho precepto normativo señala:**

*“Artículo 246. Súplica.*

*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” (subraya la Sala).*

A su turno, el último inciso del artículo 277 del CPACA, prevé que:

“Artículo 277. Contenido del Auto Admisorio de la Demanda y Formas de Practicar su Notificación.

(...)

*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”.** (Subraya la Sala).*

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que como el auto recurrido de haber sido proferido en primera instancia por un tribunal administrativo, hubiese sido pasible del recurso de

apelación, sin duda, es un asunto apelable por su naturaleza y, por tanto, suplicable.

En efecto, si bien es cierto la norma indica que en los procesos de única instancia el recurso que procede es el de reposición, no es menos cierto que dicho precepto parte del supuesto de que la decisión fue proferida por la Sala de Decisión de la Sección y no por la Ponente, lo que en este caso no ocurrió, justamente, porque la solicitud de suspensión provisional no se resolvió de fondo.

Claro lo anterior, en el caso en análisis, el auto recurrido es uno interlocutorio dictado por la Consejera Ponente en el marco de un proceso de única instancia, luego, es pasible del recurso ordinario de súplica y corresponde resolverlo a la Sala de que forma parte el Ponente, con su exclusión.

El auto suplicado fue notificado por estado del 20 de octubre de 2014 y el escrito de súplica fue presentado el 21 de octubre del mismo año, es decir, fue oportunamente propuesto.

## 2. Planteamiento del problema jurídico

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar si el acto por medio del cual resultó electo el señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República es de aquellos en donde el término de caducidad de la acción electoral debe contarse a partir del día siguiente en que se declara la elección o a partir de su publicación, lo anterior conforme las reglas fijadas en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

### 2.3. Solución del problema jurídico

Para solucionar el problema jurídico planteado, en primer lugar, se hace necesario determinar la evolución normativa respecto de la obligación de publicar los actos de elección o nombramiento y su efecto en la caducidad de la acción electoral, por tanto, se estudiará: *(i)* la caducidad de la acción electoral de acuerdo con el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, *(ii)* la interpretación que respecto del tema realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-646 de 2000 y *(iii)* las actuales previsiones contenidas en literal a) del numeral 2° del artículo 277 del CPACA para, luego sí, *(iv)* finalmente analizar la aplicabilidad de dicha norma en el caso concreto.

#### 2.3.1. De la evolución normativa respecto de la caducidad de la acción electoral

En cuanto a la caducidad de la acción electoral, en vigencia del numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se tenía que:

" (...)

*12. La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del 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. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento. (...)"* (subraya la Sala).

De la literalidad de la norma transcrita se tenía que:

1. La caducidad de la acción electoral era de veinte (20) días; y
2. Dicho término se contaba a partir de momentos distintos según las circunstancias de cada elección o nombramiento, así:

2.1. La notificación del acto de elección.

2.2. La expedición del acto de nombramiento.

2.2. La expedición del acto de confirmación, para aquellos casos en que la elección o nombramiento lo requería.

Sobre la forma de contar la caducidad de la acción electoral, la Corte Constitucional, en sentencia C- 646 de 31 de mayo de 2000, con ponencia el Magistrado Fabio Morón Díaz, concluyó que "(...) los actos administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto (...)" (subraya la Sala).

En esa oportunidad, la Corte Constitucional fue clara al precisar que, como garantía de los principios de publicidad y de acceso a la administración de justicia, surgía el deber de publicar los actos administrativos de carácter subjetivo sujetos a caducidad, es decir, se refirió a los actos aludidos en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, valga decir "el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento".

Así las cosas, la Corte Constitucional produjo un cambio en la forma de contabilizar el término de caducidad de las acciones electorales dirigidas a juzgar la legalidad de los actos de elección o de nombramiento, consistente en que los 20 días para accionar ya no se contaban a partir del día siguiente a la notificación o expedición del acto, sino que debían tomarse desde el día siguiente a su publicación en el *Diario Oficial*.

Lo anterior parece razonable si se tiene en cuenta el carácter público de la acción electoral, el cual podría verse menoscabado si con ocasión de la falta de publicación de los actos objeto de control, los ciudadanos pierden la oportunidad

de demandarlos. Máxime si se tiene en cuenta el brevísimo término de caducidad que caracteriza a este medio de control, antes 20 y hoy 30 días.

Tradicionalmente<sup>3</sup>, esta Sección se apartó de la tesis propuesta por la Corte Constitucional, al considerar que aquel no podía ser el alcance del condicionamiento impuesto por la sentencia C-646 de 2000, toda vez que por esa vía se llegaría a la modificación del numeral 12 del artículo 136 del C. C. A., lo cual desbordaba los límites conferidos al Tribunal Constitucional, incluso al emitir fallos modulativos.

Con ocasión de la expedición de la Ley 1437 de 2011, “*Por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, se zanjó la discusión que se presentaba en el marco del Código Contencioso Administrativo respecto del extremo temporal inicial desde el que debía contarse el término de caducidad de la nulidad electoral.

En efecto, el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA prevé lo siguiente:

**“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. 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 las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación; (...) (subraya la Sala).

De la norma transcrita se tiene que, actualmente, la caducidad de la acción electoral se caracteriza porque:

1. Tiene un término de treinta (30) días; y
2. Dicho término se cuenta desde momentos distintos, dependiendo de los siguientes escenarios:

<sup>3</sup> Al respecto puede consultarse: Sección Quinta del Consejo de Estado, auto de 15 de mayo de 2008, radicado: 110010328000200700061-01, actor: Yony Yesid Infante Sánchez contra la Superintendente de Sociedades o sentencia de 28 de 2010, radicado: 110010328000-2000800025-00 actor: Efrén Leal González contra William Martínez Downs como Notario Primero del Círculo de Barrancabermeja.

2.1. Si la elección se declara en audiencia pública el término se cuenta a partir del día siguiente al de su declaratoria;

2.2. En los casos en que la elección o nombramiento requiera de confirmación, el término se cuenta a partir del día siguiente de la expedición de dicho acto; y

2.3. **En los demás casos de elección y nombramientos, es decir, por regla general, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto, efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 del CPACA, es decir, “(...) en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso”.**

Nótese que el legislador, con ocasión de la nueva normativa contenciosa administrativa, logró solucionar la discrepancia de criterios entre la Corte Constitucional y esta Corporación derivada de la sentencia C-646 de 2000.

En efecto, al establecer la Ley 1437 de 2011 que “*deberán publicarse... los actos de elección distintos a los de voto popular*”<sup>4</sup> quedó claro que, en relación con los actos de elección que deben publicarse, “*los demás casos de elección*” a que se refiere el artículo 164 numeral 2 literal a, para efectos de la caducidad el término de treinta días para demandar se contará “*a partir del día siguiente al de su publicación*”.

### 2.3.2. El caso concreto

En el presente asunto, por medio de auto de 15 de octubre de 2015, se rechazó de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, por cuanto se consideró que:

*“El libelo incoado pretende que se declare la nulidad de la elección como Contralor General de la República del doctor Edgardo José Maya Villazón, llevada a cabo el 19 de agosto de 2014 y de la ratificación efectuada en la misma sesión, acto administrativo comunicado en estrados como se evidencia en el folio 67 del acta del Congreso en Pleno de la misma fecha”.*

En consecuencia, se concluyó que:

*“(...) el demandante presentó su escrito introductorio el 30 de septiembre de 2014 último día del plazo para ejercer el medio de control; posteriormente el 2 de octubre del presente año allegó solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección como Contralor General de la República del doctor Edgardo José Maya Villazón, expedido y comunicado por el Congreso de la República el 19 de agosto de 2014, evidenciándose así que la solicitud de la medida cautelar se realizó de manera extemporánea, situación que imposibilita su estudio y*

<sup>4</sup> Parágrafo del artículo 65.

*que acarrea como consecuencia su rechazo de plano".*  
(Negrilla del texto original).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el Despacho que sustanció la citada providencia, asimiló al acto por medio del cual se eligió al señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, como uno de aquellos en donde la elección: (i) se declara en **audiencia pública** y (ii) **está sujeta a confirmación**. Por tanto, en aplicación del literal a) del artículo 164 del CPACA, contabilizó el término de caducidad de la acción, a partir del día siguiente de su acaecimiento (19 de agosto de 2014), es decir, a partir del 20 de agosto de 2014.

Pues bien, para la Sala la elección controvertida no encaja en aquellas que deban confirmarse ni tampoco puede válidamente asimilarse a una surtida en audiencia pública como pasa a explicarse:

Sea lo primero advertir que los actos que declaran elecciones populares, es decir, aquellos que son consecuencia del voto ciudadano, son a los que se refiere el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA cuando indica que "Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente". Lo anterior tiene su sustento en el numeral 2 del artículo 1º del Decreto Ley 2241 de 1986 (Código Electoral), que consagra el principio del secreto del voto y la publicidad del escrutinio, en los siguientes términos:

*"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:*

*(...)*

*2º 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. (...)"* (Subraya la Sala).

En efecto, el concepto de audiencia pública o "*public hearing*" tiene un doble carácter: (i) la publicidad y transparencia del procedimiento, su oralidad e inmediatez, su registro gráfico y filmico de los medios de comunicación, publicación de reuniones etc. y más especialmente; (ii) la participación

procesal y el acceso del público a tales procedimientos, como sujetos activos y parte en sentido procesal.

El primer punto, representa la transparencia y apertura al público en cuanto al conocimiento del acto de elección que se adelanta y, el segundo, cualifica a la audiencia pública, respecto de una simple sesión pública, en cuanto es la participación activa del público como parte del procedimiento adelantado en un sentido jurídico y no como un mero espectador de la misma.

Así las cosas, para la Sala no es posible considerar que el acto de elección del Contralor General de la República, sea un acto que se enmarque en el escenario de una audiencia pública, por cuanto, si bien la elección se realiza en una sesión pública, es decir, en la plenaria del Congreso de la República, ello no implica que en aquella se dé la participación procesal y el acceso al público e implique su participación activa, lo que sí ocurre en las elecciones de tipo popular.

Ahora bien, ocurre que tampoco puede asimilarse la elección del Contralor General de la República a una de aquellas en que se requiera de confirmación, puesto que no hay norma especial que exija dicho trámite, como por ejemplo<sup>5</sup> **si existe cuando se trata de elecciones efectuadas por la rama judicial o en el caso de designación de notarios**.

De conformidad con lo expuesto, es claro que en el auto de 15 de octubre de 2015, se aplicó erradamente el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, por cuanto la caducidad de la acción no debió contarse a partir del día siguiente en que se declaró la elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, toda vez que la misma no se llevó a cabo en el escenario de una audiencia pública, ni era objeto de confirmación.

Por el contrario, el término de caducidad debió contarse a partir de su publicación, es decir, del 24 de septiembre de 2014, fecha en la cual, el acta de la sesión de 19 de agosto de 2014, se publicó en la Gaceta Oficial del Congreso<sup>6</sup>.

Lo anterior, tiene sustento en una correcta aplicación del literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA. En efecto, se repite, dicha norma prevé que la caducidad "(...) 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 de este Código".

Por tanto, como la caducidad de la acción respecto del acto de elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República, empezó a correr desde el 24 de septiembre de 2014, la oportunidad para demandarla era hasta el día 7 de noviembre de 2014.

5 Tal es el caso de la elección de Magistrados de Altas Cortes o el Fiscal General de la Nación.

6 Al respecto, se consultó la página web en donde se pueden buscar las gacetas del Congreso, esto es, en el siguiente link: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portalsocialdelCongreso>.

Lo anterior no quiere decir que el acto electoral no pueda demandarse antes de su publicación, pues como quedó claro en el auto de 27 de junio de 2013, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2013-0008-00 Actor: Carlos Mario Isaza, demandado: Alejandro Ordóñez Maldonado, **el acto existe**<sup>7</sup>.

En efecto, sostener lo contrario implicaría dejar en manos de la administración la posibilidad de que cualquier persona acuda al medio de control de nulidad electoral con el fin de controvertir los actos de nombramiento y elección. Si esto fuese así, se generaría la nefasta consecuencia de que se impida la publicación de este tipo de actos y, de contera, una eventual controversia electoral.

En consecuencia, como en el presente asunto el señor Carlos Mario Isaza presentó la solicitud de la medida cautelar el 2 de octubre de 2014, es decir, antes del plazo máximo en que caducó la acción e incluso de proferirse el auto de admisión de la demanda, de conformidad con las previsiones que esta Sección ha realizado al respecto<sup>8</sup>, se evidencia que la medida precautelar fue solicitada en oportunidad y por tanto sobre su prosperidad habrá de pronunciarse la Sala, en virtud de las previsiones del último inciso del artículo 277 del CPACA.

### III. LA DECISIÓN:

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de facultades constitucionales y legales,

#### RESUELVE

**Revocar** la decisión adoptada por la Consejera Ponente en auto del 15 de octubre de 2014, mediante el cual rechazó de plano, por extemporánea, la solicitud de suspensión provisional que el señor Carlos Mario Isaza Serrano promovió contra el acto que declaró la elección del señor Edgardo José Maya Villazón como Contralor General de la República.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado  
**Augusto Hernández Becerra**  
Conjuez  
**Jaime Córdoba Triviño**  
Conjuez

7 "Recuerda la Sala que la caducidad de la acción electoral, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, "será de treinta (30) días" contados "a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código".

*Así, el acto electoral, toda vez que existe, puede demandarse antes de ese término, pero no después, puesto que su existencia no se compromete con su eficacia, que es el elemento del acto administrativo que desde la perspectiva de la "Teoría del Acto" se liga con la notificación o publicidad, según sea el caso".*

8 Ver Auto de 27 de junio de 2013, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2013-0008-00 Actor: Carlos Mario Isaza, demandado: Alejandro Ordóñez Maldonado y Auto de 30 de julio de 2014, Exp. 2014-00083-00, Actor Carlos Leonardo Hernández.

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que decretó suspensión provisional/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Para que sea decretada la oposición a la norma debe surgir de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin**

Se advierte claramente, que el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado sin realizar un señalamiento concreto respecto de las normas que consideraba vulneradas por este. Es decir, indicó la normativa que rige a las medidas cautelares y se detuvo a explicar cuál es su finalidad, pero nada dijo, en este acápite, en relación con las razones por las cuales se imponía decretar la suspensión provisional solicitada, y, tampoco señaló que para el efecto hacía remisión a las censuras que elevó como concepto de violación de la demanda. No escapa a la Sala que el escrito en el que el accionante solicita la medida cautelar únicamente hace alusión a la supuesta vulneración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, norma que además de no guardar relación con los cargos propuestos en la demanda, pues tal como se indicó en los antecedentes de esta providencia, aquella ataca la designación de la demandada como Rectora del Colegio mayor del Cauca por no haber obtenido el voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo de esa Institución, sino que además su concepto de violación tampoco fue desarrollado en este capítulo. Pues bien, esta Sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte. Tal estado de cosas impone que el numeral segundo del auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que decretó la suspensión provisional del acto acusado sea revocado para, en su lugar, negar la medida cautelar solicitada.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-01

Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano

Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el auto del 30 de enero de 2015

proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado.

**ANTECEDENTES**

**La demanda**

El señor Luis Guillermo Céspedes Solano demandó, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como Rectora de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca, periodo 2014-2018.

Entre otras pretensiones, solicitó:

“Primero: Se declare la nulidad del acuerdo No. 033 del 11 de Diciembre de 2014 “Por la cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca, periodo 2014-2018”.

Segundo: Se declare la nulidad del acta de posesión del 11 de Diciembre de 2014, en la cual consta que la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.980.768 de Cali, se posesionó como rectora de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca, para el periodo que inicia el 16 de Diciembre de 2014 y concluye el 15 de Diciembre de 2018

Tercero: Se declare la nulidad de los puntos dos (2) y siguientes del acta No. 08 de Diciembre 11 de 2014 del Consejo Directivo, en la cual se eligió como rectora de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca a Paola Andrea Umaña Aedo con un total de 4 votos favorables.

Cuarto: Como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo, como rectora del Colegio mayor del Cauca. (...)”<sup>1</sup>.

A su juicio, “la candidata Paola Andrea Umaña Aedo obtuvo un total de 4 votos, contra 3 del Abogado Luis Guillermo Céspedes Solano, cantidad que no es suficiente para colmar el requisito del voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto, establecida en el artículo 25 del Estatuto General del Colegio mayor del Cauca”<sup>2</sup>.

**El auto recurrido**

El Tribunal Administrativo del Cauca por auto del 30 de enero de 2015 admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado, para el efecto expuso los siguientes argumentos:

El artículo 25 de los Estatutos del Colegio mayor del Cauca indica que el rector es designado por el Consejo Directivo “con

1 Folio 187 del expediente.

2 Folio 202 del expediente.

el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto". Toda vez que ese cuerpo colegiado lo integran 9 consejeros, para resultar elegido rector, se debe contar con al menos 5 votos de los miembros del mismo.

Adujo que al realizar una confrontación entre los actos demandados, la anterior normativa y las pruebas allegadas, se advierte que la demandada no contó con la mayoría de los votos favorables de los miembros del Comité Directivo de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca, toda vez que tan solo obtuvo 4 votos, cuando para ser elegida requería un mínimo de 5 votos.

### Del recurso interpuesto

La demandada recurrió la anterior providencia, para el efecto, consideró que no es evidente la vulneración del artículo 25 de los Estatutos de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca, toda vez que sus miembros con voz y voto son 7 "o en el mejor de los casos 6", por ende, la señora Umaña Aedo obtuvo la mayoría especial exigida en los estatutos para ser elegida, esto es 4 votos. Lo anterior es así, toda vez que:

"El periodo de la representante de los egresados había expirado antes de la elección del 11 de diciembre de 2014". Sobre el particular afirmó que la representante de los egresados en el Consejo Directivo, señora María Elena Mora Lugo, tiene un periodo de 2 años de conformidad con lo señalado en el literal f) del artículo 10 de los estatutos<sup>3</sup>.

Señaló que el Secretario General del Colegio mayor del Cauca mediante certificación del 11 de febrero de 2015<sup>4</sup> indicó que el 15 de noviembre de 2012 se eligió a la señora María Elena Mora como representante de los egresados por un periodo de 2 años a partir de la elección, plazo que expiró el 15 de noviembre de 2014.

Adicionalmente, aportó copia de la Resolución No. 939 del 17 de octubre de 2012<sup>5</sup> "Por la cual se reglamenta y convoca a elecciones del representante de los egresados ante el Consejo Directivo", en cuyo artículo 1º se preceptuó que la elección del representante de los egresados ante el Consejo Directivo se realizaría por un periodo de 2 años contados a partir de la fecha de la elección.

De conformidad con lo anterior, concluyó que para el día de la elección de la demandada (11 de diciembre de 2014), el periodo de la señora María Elena Mora Lugo como representante de los ex alumnos había expirado, por lo tanto, esta no tenía ni voz ni voto dentro del Consejo Directivo.

"La señora Ruth Cepeda Vargas no es miembro efectivo del Consejo Directivo de la Institución". Al respecto afirmó que el Secretario General del Colegio mayor del Cauca certificó que a 11 de diciembre de 2014: 1. No se había realizado ninguna elección para escoger representante de los ex rectores al Consejo Directivo; 2. Tampoco se encontró ningún acto administrativo que hubiere designado a la señora Cepeda Vargas como tal; y, 3. Aquella no ha asistido a ninguna sesión desde marzo de 2014.

Por tanto, argumentó que no se ha reglamentado la elección de representantes de ex rectores,<sup>6</sup> ni se ha expedido un acto administrativo que señale que la señora Ruth Cepeda es la representante de aquellos.

"El presidente de la República no ha designado a Mildred Jaramillo de Zambrano como su representante en el Consejo Directivo". Manifestó que no se encuentra en el *Diario Oficial* ningún decreto o resolución del Presidente de la República que haya designado a la señora Mildred Jaramillo de Zambrano como su representante ante el Consejo Directivo de la Universidad Colegio mayor del Cauca, hecho que fue certificado por esa Institución el 11 de febrero de 2015.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 243 del CPACA, corresponde a la Sección decidir la apelación presentada por la demandada contra el auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado.

### Oportunidad del recurso

El artículo 244 del CPACA,<sup>7</sup> dispone el trámite que debe surtir para la interposición y decisión del recurso de apelación de autos. El numeral 2 de esta normativa señala que aquel deberá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia objetada.

En el caso objeto de estudio, el auto del 30 de enero de 2015 que admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado se notificó personalmente a la

3 Artículo 10. El Consejo Directivo es el máximo órgano de dirección y gobierno, tiene a su cargo la política general administrativa y financiera de la Institución y estará integrado por: f) Un representante de los Egresados del Colegio Mayor del Cauca, elegido para un periodo de dos (2) años, en votación secreta, directa y universal por los egresados de la Institución.

4 Folio 295 del expediente.

5 Folio 315 del expediente.

6 De conformidad con el literal i) del artículo 10 de los Estatutos de la Universidad: El Consejo Directivo es el máximo órgano de dirección y gobierno, tiene a su cargo la política general administrativa y financiera de la Institución y estará integrado por: i) Un ex - Rector universitario elegido en votación secreta por los rectores de la Institución domiciliados en el área de influencia de la misma, es elegido para un periodo de dos (2) años.

7 Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas: 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

demandada<sup>8</sup> el 9 de febrero de 2015 (fl. 268) y el recurso de apelación se presentó el 12 de febrero de 2015, es decir, fue oportunamente propuesto (fl. 287).

### Problema jurídico

Se trata de resolver si en el caso concreto procedía decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Para el efecto, la Sala primero abordará las generalidades de la suspensión provisional; posteriormente, analizará la solicitud presentada por el accionante para establecer si se aviene a los requisitos establecidos por esta Sección para su procedencia.

En caso de que la solicitud formulada por el accionante cumpla con dichos requisitos, se procederá a estudiar el caso concreto con base en las pruebas allegadas al plenario y los argumentos expuestos por las partes, para determinar sí, como lo estableció el a quo, la suspensión provisional está llamada a prosperar, o en caso contrario debe revocarse.

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

La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en los artículos 229 y siguientes del CPACA en estos términos:

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

(...)

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

<sup>8</sup> Por expresa disposición del artículo 277 del CPACA, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente al elegido o nombrado cuando se trate de un cargo unipersonal.

(...)"

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos electorales, cuando se cumplan las siguientes exigencias:

La medida cautelar se debe solicitar (no es oficiosa), ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el actor sustente en escrito separado presentado con esta u otro posterior, siempre y cuando se pida antes de admitir la misma. Lo anterior exige que la petición contenga una sustentación 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 mismo concepto de violación.

Que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor, desde esta instancia procesal, es decir, cuando el proceso apenas comienza.

Para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Es decir, según las voces del artículo 229 del CPACA, la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, como medida cautelar que es, exige "petición de parte debidamente sustentada".

### 2.5. Planteamiento de la solicitud en el caso bajo estudio

En el sub examine la petición de suspensión provisional se elevó en el mismo escrito de la demanda, visible a folios 212 y 213 del expediente, en el que se indicó:

"Las medidas cautelares proceden para todos los procesos declarativos, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Art. 229 del CPACA. Concretamente, en la nulidad electoral solo procede la medida cautelar de suspensión provisional, la cual debe ser solicitada en la demanda de acuerdo al inciso final del artículo 277 del CPACA.

Las medidas cautelares tienen distintos fines, entre los que se encuentran (i) mantener un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial (ii) buscar la efectiva ejecución de la providencia estimatoria: (iii) impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración del derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.

En este orden de ideas, por expreso mandato legal, en los procesos de nulidad electoral solo procede la medida cautelar de suspensión provisional (artículo 231), la cual "procede por violación de las disposiciones legales invocadas sin acreditar prueba de perjuicio alguno con la advertencia de que se suprimió como requisito la "violación manifiesta" y que para ello es viable el examen de las pruebas aportadas; de manera tal

que ahora el examen jurídico de esta cautelar otorga al juez un mayor margen de examen para su procedencia, sin el rigorismo de la “violación directa y ostensible” frente a la ley”<sup>9</sup>.

Así las cosas, en caso de mantenerse la elección de PAOLA ANDREA UMAÑA AEDO como rectora de la institución hasta tanto no se finiquite el presente proceso judicial, se generará un daño mayúsculo a la estructura institucional del Colegio mayor del Cauca, así como al interés general que siempre está relacionado con la elección y funcionamiento de los establecimientos públicos de carácter universitario.

Lo anterior, porque dentro del contexto del funcionamiento de la institución, y las funciones del rector de la misma, transcurren distintos procesos administrativos, tales como apropiación de recursos, ejecución de gastos, celebración de contratos, nombramiento de personal docente y administrativo, etc., tramites que sin duda alguna, corren un evidente e inminente riesgo de ser afectados por la candidata electa, que sin duda alguna se encuentra cometida a la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

Con base en lo anterior, de manera respetuosa, solicito al Despacho, que decrete la medida cautelar de suspensión provisional en contra del acto de elección de la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo como rectora de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca”.

## 2.6. Caso concreto

Del texto transcrito en precedencia se advierte claramente, que el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado sin realizar un señalamiento concreto respecto de las normas que consideraba vulneradas por este.

Es decir, indicó la normativa que rige a las medidas cautelares y se detuvo a explicar cuál es su finalidad, pero nada dijo, en este acápite, en relación con las razones por las cuales se imponía decretar la suspensión provisional solicitada, y, tampoco señaló que para el efecto hacía remisión a las censuras que elevó como concepto de violación de la demanda.

No escapa a la Sala que el escrito en el que el accionante solicita la medida cautelar únicamente hace alusión a la supuesta vulneración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976<sup>10</sup>, norma que además de no guardar relación con los cargos propuestos en la demanda, pues tal como se indicó en los antecedentes de esta providencia, aquella ataca la designación de la demandada como Rectora

del Colegio mayor del Cauca por no haber obtenido el voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo de esa Institución, sino que además su concepto de violación tampoco fue desarrollado en este capítulo.

Pues bien, esta Sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte<sup>11</sup>.

Tal estado de cosas impone que el numeral segundo del auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que decretó la suspensión provisional del acto acusado sea revocado para, en su lugar, negar la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dispone:

## RESUELVE

**Primero. Se revoca** el numeral segundo del auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que decretó la suspensión provisional del acto acusado y en su lugar se **niega** la medida cautelar solicitada.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

<sup>9</sup> Torres Cuervo, Mauricio. El contencioso electoral en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En Consejo de Estado. Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Pág. 391. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia

<sup>10</sup> “Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”. “Artículo 10º.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”.

<sup>11</sup> Consultar autos de 8 de octubre de 2014, Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. Susana Buitrago Valencia. Acción de nulidad electoral. Radicado N° 2014 – 0097. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandada: María del Socorro Bustamante Ibarra; y, Radicado N° 2014 – 0127. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandado: Moisés Orozco Vicuña. Auto de trece 13 de agosto de 2014. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación No. 2014-00057-00. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle. Demandada: Johana Chaves García. Auto Admisorio y suspensión provisional. Folio 5.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**MEDIO DE CONTROL E NULIDAD ELECTORAL - Traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales/MEDIO DE CONTROL E NULIDAD ELECTORAL - Tiene norma especial que no señala el traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales**

(...) procedo a indicar las razones por las cuales no comparto que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes. Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato. Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*. Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso. Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización. En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los

efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera. (...) las anteriores razones son suficientes para fundamentar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil catorce (2014)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue admitida la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como Rectora de la Institución Universitaria Colegio mayor del Cauca y, simultáneamente, negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

De entrada advierto que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido en que fueron dictadas las decisiones antes señaladas por la Sala el pasado 9 de abril de 2015, pues las comparto plenamente, sino con el trámite que a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado le imprimió el Magistrado Ponente del auto, respecto del cual tengo objeciones en la medida en que no se compadece con el establecido en la normativa que lo regula.

Debo también señalar en este punto que, siendo claro el objeto de aclaración, es esta la oportunidad para manifestar mis observaciones respecto al procedimiento previo adelantado por el Consejero Ponente, pues previamente las decisiones fueron adoptadas en Sala unipersonal en las que desde luego los demás miembros de la Sección no participamos.

Establecidas las anteriores cuestiones, procedo a indicar las razones por las cuales no comparto que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Para empezar debo indicar que el soporte de tales actuaciones judiciales antes de resolver la medida cautelar lo encuentra el Magistrado, doctor Alberto Yepes Barreiro, en que es en garantía del derecho de defensa

y contradicción, especialmente del demandado, que se “comunique” los fundamentos de la medida cautelar.

Pues bien, no obstante comprendo las razones de orden garantista que da el Consejero Ponente para sustentar su decisión, ya que yo misma las acojo con similar fin en el trámite de los recursos de apelación que se formulan en contra de las providencias con las que son decididas en primera instancia las solicitudes de suspensión provisional, asunto sobre el que me pronunciaré más adelante; no las comparto tratándose del procedimiento a seguir una vez es formulada la petición con la demanda, simultáneamente o en escrito aparte, pues en tal momento procesal la resolución de la petición de medida cautelar en materia electoral cuenta con un desarrollo especial y diferente al ordinario, como procederé a explicar.

En la tradición legal Colombiana la medida cautelar de **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**<sup>1</sup> es la que ha tenido lugar cuando se trata de actos electorales cuya legalidad es cuestionada en el proceso especial electoral. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se incluyeron varias alternativas distintas a la de “*Suspensión Provisional*”<sup>2</sup>, las cuales se clasificaron según su naturaleza preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama<sup>3</sup> y que operan no solo para los procesos ordinarios, sino que además, se hicieron extensibles para la protección de derechos colectivos a

través de acciones populares<sup>4</sup> y de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela<sup>5</sup>.

Así las cosas, debo resaltar que para el trámite de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ya desde la vigencia del Código Contencioso Administrativo, el Legislador había dado un trato diferente en el procedimiento de esta medida cautelar para los eventos en que la solicitud estuviese dirigida a censurar actuaciones de las autoridades electorales.

Esto por cuanto la naturaleza de la acción de nulidad electoral, de carácter pública, permite que cualquier persona, actuando en interés general, pueda solicitar la nulidad de los actos electorales, sea con el propósito de esclarecer la forma en que se realizó una elección o para determinar si los lineamientos fijados en la Constitución y la Ley fueron obedecidos. Consecuentemente, es en virtud del mandato contenido en el párrafo del artículo 264 de la Constitución Política<sup>6</sup>, según el cual la jurisdicción contencioso administrativa debe decidir la acción de nulidad electoral en el término máximo de 1 año, o en el de 6 meses para los casos que se tramitan en un proceso de única instancia, que el Legislador estableció un proceso especial cuyo objeto es determinar, a la mayor brevedad, la legalidad de los actos.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza

1 Tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo- y luego en la Carta de 1886, 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. Actualmente la Constitución Política lo consagra en el artículo 238 que dice: “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

2 “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).

3 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 agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

4 Se advierte que su procedencia ya se había establecido desde la Ley 472 de 1998, normativa que confirió al juez la potestad de decretar, de oficio o a solicitud de parte debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (art. 25).

5 Procedencia reconocida desde el Decreto – Ley 2591 de 1991, que en su artículo 7° estableció la adopción de “medidas provisionales”, cuando el “juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho”, caso en el cual “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”. Así mismo, el juez podrá de oficio o a petición de parte: “dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”. Dicha normativa en su artículo 8°, determinó la posibilidad de ejercer simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio y las acciones contencioso administrativas a que hubiere lugar, permitiendo además, que el juez constitucional, de estimarlo procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo, respecto de la situación jurídica concreta cuyo amparo se solicita.

6 Dice la norma: “Artículo 264. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 1 de 2003. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un periodo 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.

Parágrafo. 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” (negritas fuera del texto).

a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato. Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control<sup>7</sup>, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*<sup>8</sup>.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda<sup>9</sup>, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso<sup>10</sup>.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciaci3n trae consigo de la forma m1s fehaciente la denominaci3n de norma de orden p1blico, expresi3n del inter3s general, pues de esta forma se desnaturaliza la acci3n electoral y con ello los perentorios t3rminos establecidos en la Constituci3n para su finalizaci3n.

A esta altura vale la pena indicar que son estas mismas caracteristicas de la solicitud de suspensi3n provisional en el

proceso electoral, las que, guardando las diferencias procesales pertinentes, fueron incorporadas por el Legislador al abanico de posibilidades con las que cuenta el juez en los procesos ordinarios, al consagrar las denominadas medidas cautelares de urgencia<sup>11</sup>.

En el caso de la acci3n electoral, es entonces el inter3s general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulaci3n y resoluci3n de la solicitud de suspensi3n provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisi3n, pues, adem1s, la garant1a de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elecci3n es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisi3n en ejercicio de los recursos de reposici3n si se trata de un proceso de 1nica instancia o de apelaci3n si es de primera.

Ahora bien, como advert1 en precedencia, cuando se trata del trámite de los recursos de apelaci3n que se interpongan en contra del auto con el cual se resuelve la suspensi3n provisional en primera instancia, mi criterio coincide con el del Consejero, doctor Alberto Yepes, pues así como lo indiqué en providencia previa a aquella de 27 de marzo de 2014<sup>12</sup>, con la cual la Sala decidi3 el recurso de apelaci3n formulado por el accionante en ese proceso contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto fechado el 23 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que deneg3 la solicitud de suspensi3n provisional de los efectos del numeral 2º del Decreto 1858 de 29 de agosto de 2013 expedido por el Gobierno nacional, por medio del cual se nombr3 “... en *interinidad* al doctor Alonso Hurtado G3mez, (...), como Notario Primero del C1rculo de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, mientras se realiza el respectivo concurso”; con el 1nimo de “*respetar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales*” es prudente en esa oportunidad procesal correr traslado del escrito de apelaci3n que present3 el actor a los demandados así como al Agente del Ministerio P1blico Delegado ante esta Secci3n.

Como sustento de tal decisi3n en ese auto fechado el 25 de febrero de 2014, expuse entre otros los siguientes argumentos:

“(...)

En este punto, resulta imprescindible para el Despacho advertir que si bien la suspensi3n provisional solicitada con la demanda electoral se decide en el auto admisorio

7 Para tener claridad al respecto, acudir al art1culo 164 del CPACA.

8 Así lo establece el 1ltimo inciso del art1culo 277 del CPACA, el cual indica que la solicitud de suspensi3n provisional se ha de resolver con el auto admisorio de la demanda.

9 Sucede diferente en el proceso ordinario pues la solicitud de las medidas cautelares, en general, puede hacerse desde la presentaci3n de la demanda en cualquier estado del proceso y deber1n ser tramitadas cuando se acompa1a con la demanda. Su trámite es así: se correr1 traslado en forma simult1nea con el auto que la admite, y se conceder1 un t3rmino de 5 días a la parte demandada, para que se pronuncie. Y luego se resolver1 dentro de los 10 días siguientes.

Por su parte, cuando la solicitud de la medida se presente dentro del proceso, la Secretar1a dar1 traslado al Despacho en los t3rminos del art1culo 108 del C. P. C., y el traslado a la contraparte se har1 por el t3rmino de 5 días vencidos los cuales, se decidirá dentro de los 10 días siguientes.

10 Dice el art1culo 276 del CPACA: “*Trámite de la demanda. Recibida la demanda deber1 ser repartida a m1s tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisi3n dentro de los tres (3) días siguientes.*

*El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedar1 en firme al día siguiente al de la notificaci3n por estado al demandante. Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se conceder1 al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazar1.*

*Contra el auto que rechace la demanda procede el recurso de súplica ante el resto de los Magistrados o de reposici3n ante el juez administrativo en los procesos de 1nica instancia y el de apelaci3n en los de primera, los cuales deber1n presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes al de la notificaci3n de la decisi3n”.*

11 Dice el art1culo 234 del CPACA: “*Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentaci3n de la solicitud y sin previa notificaci3n a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podr1 adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopci3n, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el art1culo anterior. Esta decisi3n ser1 susceptible de los recursos a que baya lugar. La medida así adoptada deber1 comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constituci3n de la cauci3n se1alada en el auto que la decreta”.*

12 Rad. 76001233300020130131601. Actor: Oscar Rodríguez Baquero. Ddo: Notario Primero de Palmira. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

y sin correr traslado de la petición, lo que significa que el demandado no tiene oportunidad de oponerse a los argumentos de la solicitud, pues por la naturaleza de esta acción electoral debe tener un trámite célere y fallarse en los términos que establece la Constitución Política en el parágrafo del artículo 264 ; lo cierto es que tal situación no es óbice para que se traslade el escrito de apelación durante el trámite de la segunda instancia, pues: i) el desarrollo del proceso electoral no se ve interrumpido por la apelación del auto con el que se resolvió la medida cautelar, ya que continúa ante el juez de conocimiento; ii) la demanda ha sido admitida por el juez; y, iii) los sujetos procesales, especialmente la parte demandada tiene derecho a ejercer su defensa, sea porque se trata de la autoridad que expidió el auto o porque es quien fue designado o elegido.

En vista de lo anterior, el Despacho considera primordial que durante el trámite del recurso de apelación que se ha formulado en contra del auto que decidió la solicitud de suspensión provisional del acto cuya nulidad se demanda, y a pesar de que no exista norma que así lo disponga en el CPACA, el demandado pueda intervenir para ejercer su derecho de defensa, pues de esta forma se respetan y protegen los derechos fundamentales de los sujetos procesales, incluido los del Ministerio Público que también fue notificado del auto admisorio.

Así las cosas, considera el Despacho que ante la posibilidad de apelar el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, sea que este acceda o no a ello, y por inexistencia de norma en el CPACA que se ajuste concretamente al trámite de los procesos electorales en los eventos acá analizados, es a partir de garantizar el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política que, previa decisión del recurso por la Sala de la Sección Quinta, se debe correr traslado del escrito de impugnación a la parte demandada para que ejerza su derecho de defensa.

(...)"

En tal providencia de 25 de febrero de 2014, también puse en evidencia diferencias propias del trámite de las medidas cautelares en el procedimiento ordinario y en el especial electoral, que hacían imposible aplicar las disposiciones generales para el caso de aquellas de naturaleza electoral que se adelantaran en segunda instancia. Al respecto se indicó en la decisión en cita:

"(...)

No obstante, el Despacho advierte que por la especialidad del trámite de los procesos electorales, en particular porque la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado se profiere en auto donde simultáneamente se decide la admisión de la demanda, se hace imposible que cualquiera de las normas examinadas [haciendo referencia a las relacionadas con las medidas cautelares y aquellas de los recursos ordinarios,] se ajuste por completo a la situación que ahora nos ocupa, lo que significa que, en los términos del artículo 296 del CPACA, no resultan ser compatibles con el trámite de los procesos electorales.

Lo anterior, porque de un lado la normativa que rige el trámite de las medidas cautelares no prevé la apelación como recurso en contra de la decisión con la cual se negó la petición de suspensión provisional y tampoco indica el trámite para los casos en que a tal solicitud se accedió; y del otro, porque el trámite de los recursos de apelación en contra de las decisiones judiciales susceptibles de ello, establece el traslado del escrito de impugnación antes de que el juez de primera instancia lo conceda, evento de difícil consecución en materia electoral, en la medida en que la admisión de la demanda es notificada por estado al actor y personalmente al demandado, de manera que es probable que para el momento en que, como en este caso, el apelante presentó el recurso de alzada, el accionado aún no haya sido notificado del auto con el que fue aceptada la demanda, por lo tanto, tampoco se le podría correr traslado del escrito toda vez que no ha sido vinculado formalmente al proceso.

El escenario descrito permite evidenciar la falta de claridad y el vacío normativo existente para tramitar los recursos de apelación formulados en contra de las providencias con las cuales son decididos las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos electorales.

(...)"

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para soportar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

**Ley 1437 DE 2011 - Deber de publicación de los actos administrativos/ACTOS ADMINISTRATIVOS ELECTORALES - Deben ser objeto de publicación pese a que su contenido sea particular y concreto/PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Objetivo/Ley 1437 de 2011 - Los actos de elección distintos de los de voto popular y los de nombramiento y llamamiento deben ser objeto de publicación**

En materia electoral, los actos de elección distintos a los de voto popular y los de nombramiento y llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto según lo reza el párrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que, si bien "el Acuerdo No. 013 de 2014", mediante el cual el Consejo Superior de la UNAD determinó el cronograma para la elección del Rector de dicha institución, no es un acto administrativo que diera por finalizado el procedimiento electoral aludido, es decir, no tiene el carácter de ser un acto definitivo, lo cierto es que dicho acto es de trámite y, a su vez, de carácter general. En efecto, tal determinación administrativa corresponde a un acto: (i) de trámite que constituye la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no decide el fondo del asunto ni hace imposible continuarlo, es decir, solo pretende dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) es de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

En consecuencia, al "Acuerdo No. 013 de 2014" le es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA. Para la Sala, es claro que la finalidad de la publicación de dicho acto era la de que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la UNAD conociera y, eventualmente, participara del procedimiento electoral aludido, finalidad que no puede considerarse cumplida si la publicación se realizó con poca antelación (4 días) al momento en que se llevó a cabo dicha elección. Debe entenderse que el objetivo que se persigue no es la mera publicación de los actos administrativos por el solo hecho de cumplir con tal requisito, sino que verdaderamente su contenido pueda ser conocido por la comunidad en general y le permitan su participación activa.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 65 párrafo

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se**

**encuentran elementos suficientes para decretarla**

El actor solicitó la suspensión provisional del acto demandado, por el desconocimiento de los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y los artículos 29 y 67 de la Ley 30 de 1992. Las normas indicadas como violadas se refieren, respectivamente, al derecho fundamental al debido proceso, al principio de autonomía universitaria, a los principios que rigen la función administrativa, a la obligación de publicación de los actos administrativos de carácter general, a los aspectos sobre los cuales versa la autonomía universitaria y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los miembros de los consejos superiores de las Instituciones de educación superior.

Dichas normas las considera violadas el Ministerio de Educación, por el hecho de la publicación extemporánea, en el *Diario Oficial*, del Acuerdo No. 013 de 2014 que establecía el cronograma del proceso para la elección que se demanda, publicación que fue efectuada faltando tan solo 4 días para la realización de la respectiva votación.

El cargo de la demanda se centra en la publicación tardía, no del acto acusado, es decir, del declarativo de la elección, sino de aquel que establecía el cronograma del proceso para la elección del Rector, que, si bien fue publicado, lo fue tan solo 4 días antes de la respectiva elección que se acusa, dependiendo del tipo de acto administrativo, la ley ha instituido la forma en que las decisiones deben ser conocidas por sus destinatarios, para dar cabal cumplimiento a la obligación de publicidad.

Así, los actos administrativos de contenido general siguen la regla de publicación a que se refiere el artículo 65 del CPACA, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del mismo código, "los actos administrativos de carácter particular [y 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 este contexto no escapa a la Sala que, si bien el acto que se demanda fue publicado "tardíamente" en el *Diario Oficial*, lo cierto es que la finalidad de la publicación sí se cumplió en el presente caso, toda vez que el 15 de septiembre de 2014 la UNAD publicó en el diario de amplia circulación nacional *El Tiempo*, un aviso en donde le informó 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 período 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: [ww.unad.edu.co](http://ww.unad.edu.co), entre el 15 y el 26 de septiembre de 2014".

En suma, pudiera pensarse que, por un medio de una publicación diferente a la del *Diario Oficial*, pero incluso más eficaz, se dio a conocer la etapa inicial del procedimiento que se impuso para llevar a cabo la elección del Rector de la UNAD, lo que ocurrió con una antelación de más de dos meses y dos semanas a la elección que se demanda, término con el cual para la Sala sí se cumplió el sentido teleológico que la norma persigue.

En conclusión, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)

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

Actor: Ministerio de Educación Nacional

Demandado: Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo No. 020 de 2014 “*Por el cual se designa al doctor Alberto Leal Afanador como rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), para el periodo comprendido entre 2 de marzo de 2015 y el 1 de marzo de 2019*” y (ii) la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. La demanda**

El Ministerio de Educación, a través de apoderada judicial, ejerció acción de **nulidad electoral** y demandó “*de manera total el Acuerdo No. 020 de 2014 “Por el cual se designa al doctor Alberto Leal Afanador como rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), para el periodo comprendido entre 2 de marzo de 2015 y el 1 de marzo de 2019.*”

Como sustento de su demanda, la parte actora señaló que la elección del demandado vulneró los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, los artículos 29 y 67 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 12 del Acuerdo 015 de 2012 al no publicarse, de forma oportuna, en el *Diario Oficial* el Acuerdo No. 13 de 2014 mediante el cual se estableció el cronograma del proceso para dicha elección.

**1.2. Inadmisión de la demanda**

Mediante auto de 11 de febrero de 2015 el Despacho Sustanciador inadmitió la demanda en consideración a que no

se cumplió con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 162 del CPACA, en el sentido de determinar con precisión y claridad lo que se pretendía.

Igualmente, se le requirió al demandado para que aportara copia, digital o física, del *Diario Oficial* en el que se publicó el acto acusado.

Para lo anterior, se le otorgó a la parte actora el término de tres (3) días a fin de que la corrigiera.

**1.3. El escrito de corrección de la demanda**

Dentro del término concedido para el efecto, el Ministerio de Educación presentó escrito con el que corrigió la demanda.

En él, estableció como pretensión “*Que se declare la nulidad total del acto acusado No. 020 del 2014 (Noviembre 28) por el cual se designó al Doctor Jaime Alberto Afanador como rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD) por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 1 de marzo de 2019*”.

Igualmente, aportó copia del *Diario Oficial* mediante el cual fue publicado el acto de elección demandado.

**1.4. Sorteo de Conjucees**

El auto de la referencia fue discutido en Sala de Sección del 26 de marzo de 2015. En razón a que en la sesión de la referencia no se alcanzó la mayoría necesaria para su aprobación por la mayoría de los integrantes de la Sala, el Consejero Ponente en auto de la misma fecha ordenó el sorteo de dos conjucees a efectos de conformar el quórum requerido.

El 10 de marzo de 2015 se celebró la diligencia de sorteo en la que resultaron escogidas las Doctoras Esperanza Gómez de Miranda y Bertha Lucía González Zúñiga.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.1. Competencia**

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

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

1 Folio 32 del expediente.

## 2. Sobre la admisión de la demanda

De cara al escrito de la demanda y su respectiva corrección, compete a la Sala pronunciarse sobre su admisión.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa (en su escrito de corrección), narra los hechos que la fundamentan e identifica las normas violadas.

Se advierte que en la demanda figura un capítulo relativo a las normas violadas y se desarrolló el concepto de su violación. Ahora, a pesar de que el demandante no atribuyó al acto acusado de forma expresa causal de nulidad, la Sala encuentra, apoyada en su facultad de interpretación de la demanda, que la inconformidad del demandante encaja dentro de la causal de nulidad de infracción de norma superior.

Asimismo, se anexaron pruebas, el demandante suministró las direcciones para las notificaciones personales de las partes, obra en el expediente copia del acto acusado<sup>2</sup>, esto es, del Acuerdo No. 020 de 2014 "Por el cual se designa al doctor Alberto Leal Afanador como rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), para el periodo comprendido entre 2 de marzo de 2015 y el 1° de marzo de 2019".

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que indica:

*"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.*

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

En efecto, la publicación del acto acusado en el *Diario Oficial* se realizó el día 2 de diciembre de 2014 y la demanda se presentó el 6 de febrero de 2015, encontrándose entonces dentro de

<sup>2</sup> En medio magnético.

los 30 días hábiles<sup>3</sup> contados a partir del día siguiente de su publicación que señala la norma en cita.

Ciertamente, el término al que nos hemos referido empezó a correr el 3 de diciembre de 2014, al día siguiente de su publicación, y culminó el 6 de febrero del año siguiente, descontando los días de la vacancia judicial, lo que implica que la demanda fue presentada oportunamente, dentro del último de los 30 días de que se disponía para el efecto.

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

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

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

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

### 2.1. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

En el acápite de la demanda en el que se **solicitó la suspensión provisional del acto acusado**<sup>4</sup>, el Ministerio de Educación, como fundamento de la medida precautelada, expresamente

<sup>3</sup> De conformidad con el artículo 118 del Código General del Proceso, los términos de días son hábiles. La norma dispone: "En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado (...)".

<sup>4</sup> Folio 5 del expediente.

se remitió a los argumentos expuestos dentro del capítulo IV numerales 1, 2 y 3 de la demanda, que señalan como vulnerados, con la expedición del acto acusado, los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y los artículos 29 y 67 de la Ley 30 de 1992.

Considera el demandante que la elección del accionado vulneró la anterior normativa, toda vez que el Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, en adelante UNAD, publicó extemporáneamente el Acuerdo No. 013 de 2014 en el cual se estableció el cronograma del proceso para la elección de Rector de dicha institución, pues aquel tan solo fue publicado el 24 de noviembre de 2014, es decir, faltando escasos 4 días para las elecciones.

### 3.2.1. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 18 de febrero de 2015, el Consejero Ponente ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional de la elección de Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la UNAD al demandado, al Consejo Superior de dicha institución de educación superior y al Ministerio Público.

#### Consejo Superior de la UNAD

La apoderada judicial de la UNAD, manifestó que frente a la acción incoada operó el fenómeno de la caducidad. ¿Se indicó en el escrito la razón de esta afirmación? En caso de ser así explicar brevemente porque, aunque si no se desea y como esto no tiene nada que ver con la solicitud de medida cautelar, mejor quitarlo).

Afirmó además, que el demandante no sustentó su petición de medida provisional y que por ello no procede su decreto de conformidad con lo establecido en los artículos 229 a 231 del CPACA.

Señaló, que no existe violación a norma superior y que por lo tanto no se vulneró lo establecido en los artículos 29, 69 y 209 pues la publicación<sup>5</sup> del acto que estableció el cronograma para las elecciones de Rector se realizó conforme a lo señalado en el Acuerdo No. 011 de 2010, que expidió las reglas para las elecciones de Rector.

Indicó que la UNAD, en desarrollo de la Ley 1437 de 2011, difundió por medios electrónicos dicho cronograma, en vista de que allí se establece que los trámites administrativos también se pueden dar a conocer por esta vía.

Argumentó que la supuesta extemporaneidad de la publicación del cronograma de elección en el *Diario Oficial* no es cierta, porque el artículo 119 de la Ley 489 de 1998<sup>6</sup> no define un

plazo específico para el efecto, por lo que basta con que la publicación se hubiese surtido y, es más, en el ordenamiento jurídico ni siquiera se establece dicha obligación para este tipo de actos.

Adujo, que la violación de los artículos 29<sup>7</sup> y 67<sup>8</sup> de la Ley 30 de 1992 no pueden considerarse en el caso que nos ocupa, pues la UNAD, efectivamente, como lo establece el artículo 29 de la misma normativa obró bajo su autonomía y, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se establece en el artículo 67 *ibídem*, nada tiene que ver con lo alegado.

Finalmente, informó que de conformidad con las causales de nulidad dispuestas en el artículo 137 del CPACA, no puede declararse nulo un acto electoral por circunstancias que ocurren con anterioridad a que a su expedición como la relativa a la irregularidad en la publicación del cronograma de las elecciones<sup>9</sup>.

### 3.2.2. El demandado

El señor Jaime Alberto Leal Afanador, por intermedio de apoderado judicial, indicó que no se observan los requisitos que exige el artículo 231 del CPACA para que se decrete la suspensión provisional del acto acusado.

a. Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

b. Las leyes y los proyectos de ley objetadas 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.

7 Artículo 29. 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 sus alumnos;

f. Adoptar el régimen de alumnos y docentes, y

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 c) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes).

8 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.

9 Apoyó su conclusión en la providencia de 8 de julio de 2010, de esta Sección, con ponencia de la Doctora Susana Buitrago Valencia con radicado No. 2010-0001.

5 Publicación que se realizó el 15 de septiembre de 2014, a través del diario El Tiempo (se anexó el recorte con la contestación), página web, radio y televisión de la universidad.

6 Artículo 119. Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

Adujo, que el accionante debió acompañar la solicitud de suspensión provisional con elementos probatorios que la soporten, lo cual no hizo.

También argumentó que de las normas que se citan como vulneradas, no se concluye violación alguna al ordenamiento jurídico y que, por tanto, dicha suspensión no se puede decretar.

Finalmente, se pronunció frente a las razones de mérito para denegar la medida y concluyó que la UNAD, como ente autónomo, contaba con toda la autoridad para fijar el procedimiento para las elecciones de rector y que por ello no puede aplicarse la Ley 489 de 1998.

### 3.2.3. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Indicó, que la solicitud de medida cautelar está llamada a prosperar en consideración a que lo afirmado por la apoderada del Ministerio de Educación en relación con la publicación del acto, es cierta, pues fue tardía y, por tanto, no cumplió con los cometidos por los cuales fue establecida.

Afirmó, que la publicación de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no pueden realizarse en medios alternativos, pues solamente debe entenderse producida la publicación cuando se realiza en el *Diario Oficial*.

### 3.3. Caso concreto

El actor solicitó la suspensión provisional del acto demandado, con fundamento en lo que al efecto argumentó en el libelo. En ese orden corresponde a la Sala analizar si está comprobada, en esta etapa procesal, la irregularidad que alega el demandante, y en caso afirmativo, si desde este momento se vislumbra que aquella es de tal entidad que se imponga al juez electoral suspender los efectos jurídicos del acto cuya legalidad se estudia.

#### 3.3.1. De las normas indicadas como violadas

Como se explicó, el Ministerio de Educación fundamentó la medida precautelar en el desconocimiento de los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y los artículos 29 y 67 de la Ley 30 de 1992. Aquellos disponen:

"Constitución Política:

*Artículo 29. 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".*

*"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".*

*"Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".*

*Ley 489 de 1998:*

*"Artículo 119. 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”.*

**Ley 1437 de 2011:**

**“Artículo 65. 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”.*

**Ley 30 de 1992:**

**“Artículo 29. 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 sus alumnos;*

f. *Adoptar el régimen de alumnos y docentes, y*

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 c) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)."*

**“Artículo 67.** *Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieran 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 normas indicadas como violadas se refieren, respectivamente, al derecho fundamental al debido proceso, al principio de autonomía universitaria, a los principios que rigen la función administrativa, a la obligación de publicación de los actos administrativos de carácter general, a los aspectos sobre los cuales versa la autonomía universitaria y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los miembros de los consejos superiores de las Instituciones de educación superior.

Dichas normas las considera violadas el Ministerio de Educación, por el hecho de la publicación extemporánea, en el *Diario Oficial*, del Acuerdo No. 013 de 2014 que establecía el cronograma del proceso para la elección que se demanda, publicación que fue efectuada faltando tan solo 4 días para la realización de la respectiva votación.

### 3.3.2. De la obligación de publicación del Acuerdo No. 013 de 2014 que establecía el cronograma del proceso para la elección del rector

Sobre el particular, y conforme a como fue propuesto el cargo, corresponde a la Sala analizar sobre la necesidad de publicación del precitado acuerdo.

Para efectos de lo anterior, se tomará en consideración lo establecido por los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 65 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que son estas, y no otras, las normas indicadas como violadas en la demanda que guardan relación con el vicio propuesto contra el acto de elección acusado.

Sea lo primero advertir que el ámbito de aplicación del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, de conformidad con el artículo 2º del mismo cuerpo normativo corresponde “a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas” mientras que el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable, según el artículo segundo de la misma normativa “a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.

En consecuencia, en cuanto a la publicación de los actos administrativos expedidos por un ente universitario, la normativa aplicable es la prevista en el CPACA y no la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, el cargo de la demanda se centra en la publicación tardía, no del acto acusado, es decir, del declarativo de la elección, sino de aquel que establecía el cronograma del proceso para la elección del Rector, que, si bien fue publicado, lo fue tan solo 4 días antes de la respectiva elección que se acusa.

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 ha[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”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> 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.

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”<sup>11</sup>; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, y que hacen referencia a personas determinadas individualmente.

De esta manera, dependiendo del tipo de acto administrativo, la ley ha instituido la forma en que las decisiones deben ser conocidas por sus destinatarios, para dar cabal cumplimiento a la obligación de publicidad. Así, los actos administrativos de contenido general siguen la regla de publicación a que se refiere el artículo 65 del CPACA<sup>12</sup>, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del mismo código, “los actos administrativos de carácter particular [y 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 materia electoral, los actos de elección distintos a los de voto popular y los de nombramiento y llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto según lo reza el parágrafo del citado artículo 65 del CPACA en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad<sup>13</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que, si bien “el Acuerdo No. 013 de 2014”, mediante el cual el Consejo Superior de la UNAD determinó el cronograma para la elección del Rector de dicha institución, no es un acto administrativo que diera por finalizado el procedimiento electoral aludido, es decir, no tiene el carácter de ser un acto definitivo, lo cierto es que dicho acto es de trámite y, a su vez, de carácter general.

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

<sup>12</sup> “Artículo 65. 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”.

<sup>13</sup> Literal a) del numeral 2 del artículo 164 CPACA.

En efecto, tal determinación administrativa corresponde a un acto: (i) de trámite que constituye la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no decide el fondo del asunto ni hace imposible continuarlo<sup>14</sup>, es decir, solo pretende dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) es de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

En consecuencia, al "Acuerdo No. 013 de 2014" le es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA.

Para la Sala, es claro que la finalidad de la publicación de dicho acto era la de que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la UNAD conociera y, eventualmente, participara del procedimiento electoral aludido, finalidad que no puede considerarse cumplida si la publicación se realizó con poca antelación (4 días) al momento en que se llevó a cabo dicha elección.

Debe entenderse que el objetivo que se persigue no es la mera publicación de los actos administrativos por el solo hecho de cumplir con tal requisito, sino que verdaderamente su contenido pueda ser conocido por la comunidad en general y le permitan su participación activa.

En este contexto no escapa a la Sala que, si bien el acto que se demanda fue publicado "tardíamente" en el *Diario Oficial*, lo cierto es que la finalidad de la publicación sí se cumplió en el presente caso, toda vez que el 15 de septiembre de 2014 la UNAD publicó en el diario de amplia circulación nacional *El Tiempo*<sup>15</sup>, un aviso en donde le informó 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 período 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](http://www.unad.edu.co), entre el 15 y el 26 de septiembre de 2014".

En suma, pudiera pensarse que, por un medio de una publicación diferente a la del *Diario Oficial*, pero incluso más eficaz<sup>16</sup>, se dio a conocer la etapa inicial del procedimiento que se impuso para llevar a cabo la elección del Rector de la UNAD, lo que ocurrió con una antelación de más de dos meses y dos semanas a la elección que se demanda, término con el cual para la Sala sí se cumplió el sentido teleológico que la norma persigue.

En conclusión, para la Sala, al menos por el momento, no se

concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

Por lo expuesto se,

### III. RESUELVE

**Primero. Admitir** la demanda electoral instaurada contra el acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Para el efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Jaime Alberto Leal Afanador, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del CPACA.
2. Notifíquese personalmente esta providencia al Consejo Superior de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (Art. 277.2 Ib.).
3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).
4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).
5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).
6. Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del CPACA.

**Segundo: Denegar** la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclara voto

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

**Esperanza Gómez de Miranda**

Conjuez

<sup>14</sup> Sobre el particular, ver auto de 12 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00032-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>15</sup> Folio 87 del expediente.

<sup>16</sup> En atención al número de lectores que efectivamente acceden a su contenido.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL -  
Publicación. Los actos generales expedidos por  
entidades y órganos del orden nacional deben  
ser publicados en el *Diario Oficial*/PRINCIPIO  
DE PUBLICIDAD - El requisito de publicación  
de los actos administrativos de carácter general  
es un presupuesto de eficacia u oponibilidad  
frente a terceros y no de validez**

Valga indicar que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido de la decisión adoptada por la Sala el 23 de abril de 2015, pues la comparto plenamente; recae en cambio en los siguientes aspectos que en mi opinión debieron haber quedado incluidos en la parte considerativa.

Dice el auto objeto de aclaración que el acto en el que se fijó el cronograma de la elección es un acto general de trámite, razón por la que debe regirse por el CPACA y más adelante indicó que la normativa aplicable a la publicación de los actos administrativos expedidos por un ente universitario es el CPACA y no la Ley 489 de 1998.

Al respecto considero, que si bien el CPACA (art. 65) regula lo atinente a la judicialización de los asuntos relativos a los actos administrativos, debe armonizarse con otros ordenamientos o regulaciones como el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, lo cual permite concluir que los actos generales de las entidades nacionales como en efecto lo es la UNAD, deben ser publicados en el *Diario Oficial*. Ha de notarse que conforme a la Ley 489 de 1998, la posibilidad de publicación en otro medio de publicidad diferente al *Diario Oficial* está prevista en dos eventos: a) para las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales, naturaleza que no se predica de la UNAD y siempre y cuando garantice amplia divulgación (volantes, fijación de avisos, página electrónica y bando) y b) en caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno nacional puede disponer de otro medio de publicidad, evento que no ha acontecido en el caso de la UNAD.

Por otra parte, revisado ese antecedente de la Sala, observo que también versó sobre un problema de publicación tardía en el *Diario Oficial*. En esa oportunidad, se consideró que la publicación del acto administrativo de carácter general es un presupuesto de eficacia u oponibilidad frente a terceros, y no de validez; y que la situación es diferente respecto del acto particular que se expide con fundamento en este —es decir en el general— porque en aquél tal vicio sí emerge como requisito de validez, por lo que se hacía necesario verificar si, en este caso, la publicación tardía del acto general (cronograma de la elección Acuerdo 013 de 2014, afectaba la validez de la elección contenida en el Acuerdo 20 de 2014), situación que al no haber sido probada por el solicitante de la medida cautelar, hace inviable la interrupción de los efectos del acto, porque en él recae la carga de la prueba de la vulneración que haga procedente la suspensión provisional.

Además, debía analizarse que en algunos eventos de publicación tardía es preciso establecer y tener en cuenta que entre la fecha del pago de la publicación y la real y efectiva publicación en el *Diario Oficial* transcurre cierto tiempo, y una vez hecho el pago por la entidad la obligación se encuentra cumplida. Y si efectivamente, la no publicación afectó el principio de publicidad que debe imperar en este tipo de convocatoria, donde es evidente la necesidad de que el inicio del proceso de elección sea de conocimiento general.

A mi juicio, la anterior ratio llevó a obviar el tema de la publicación tardía del mentado Acuerdo 13 de 2014, que se hiciera el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial* 49.345.

Por lo anterior, insisto en que el asunto debió presentar un mayor desarrollo frente a otros aspectos que eran de trascendencia para el asunto *sub judice*.

**Aclaración de voto**

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil quince (2014)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto a la decisión de la Sala, mediante la cual se negó la medida de suspensión provisional contra el acto declaratorio de elección del Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD) para el período 2015-2019.

Valga indicar que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido de la decisión adoptada por la Sala el 23 de abril de 2015, pues la comparto plenamente; recae en cambio en los siguientes aspectos que en mi opinión debieron haber quedado incluidos en la parte considerativa:

Dice el auto objeto de aclaración que el acto en el que se fijó el cronograma de la elección es un acto general de trámite, razón por la que debe regirse por el CPACA y más adelante indicó que la normativa aplicable a la publicación de los actos administrativos expedidos por un ente universitario es el CPACA y no la Ley 489 de 1998.

Al respecto considero, que si bien el CPACA (art. 65) regula lo atinente a la judicialización de los asuntos relativos a los actos administrativos, debe armonizarse con otros ordenamientos o regulaciones como el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, lo cual permite concluir que los actos generales de las entidades nacionales como en efecto lo es la UNAD, deben ser publicados en el *Diario Oficial*.

Siendo consecuente con mi posición y con la considerada por la Sala desde tiempo atrás, para proceder o no a suspender los efectos del acto administrativo general y la obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades nacionales, incluidas las universidades oficiales, puede corroborarse con el aparte de la decisión que se transcribe a continuación:

**"Tampoco puede extimirse las universidades oficiales del deber legal de publicar sus actos administrativos"**

*de carácter general en el Diario Oficial, alegando que ello puede suplirse con la respectiva publicación en su dominio. co o en su página web, pues con toda claridad señala el artículo 7° de la Ley 962 de 8 de junio de 2005, 'por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos', que el deber a cargo de la administración pública de insertar en este medio electrónico la mencionada información dentro de los cinco días siguientes a su publicación, no exime a la misma de su 'obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial'. Sentencia de 29 de mayo de 2104. Exp. 2011-00059-00<sup>1</sup>.*

Ha de notarse que conforme a la Ley 489 de 1998, la posibilidad de publicación en otro medio de publicidad diferente al *Diario Oficial* está prevista en dos eventos: a) para las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales, naturaleza que no se predica de la UNAD y siempre y cuando garantice amplia divulgación (volantes, fijación de avisos, página electrónica y bando) y b) en caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno nacional puede disponer de otro medio de publicidad, evento que no ha acontecido en el caso de la UNAD.

Por otra parte, revisado ese antecedente de la Sala, observo que también versó sobre un problema de **publicación tardía en el Diario Oficial**. En esa oportunidad, se consideró que la publicación del acto administrativo de carácter general es un presupuesto de eficacia u oponibilidad frente a terceros, y no de validez; y que la situación es diferente respecto del acto particular que se expide con fundamento en este —es decir en el general— porque en aquél tal vicio sí emerge como requisito de validez, por lo que se hacía necesario verificar si, en este caso, la publicación tardía del acto general (cronograma de la elección Acuerdo 013 de 2014, afectaba la validez de la elección contenida en el Acuerdo 20 de 2014), situación que al no haber sido probada por el solicitante de la medida cautelar, hace inviable la interrupción de los efectos del acto, porque en él recae la carga de la prueba de la vulneración que haga procedente la suspensión provisional.

Además, debía analizarse que en algunos eventos de publicación tardía es preciso establecer y tener en cuenta que entre la fecha del pago de la publicación y la real y efectiva publicación en el *Diario Oficial* transcurre cierto tiempo, y una vez hecho el pago por la entidad la obligación se encuentra cumplida. Y si efectivamente, la no publicación afectó el principio de publicidad que debe imperar en este tipo de convocatoria, donde es evidente la necesidad de que el inicio del proceso de elección sea de conocimiento general.

Por otra parte, más allá de si el acto contentivo del cronograma es de trámite o definitivo, es tal su importancia que finalmente fue publicado en el *Diario Oficial* y en el Acuerdo 011 de 2010 "por el cual se reglamenta la designación de Rector..." la Universidad dispuso en el literal c) del artículo segundo, la regla de publicidad y divulgación que surtiría ese cronograma aprobado, al indicar:

*"Artículo 2°. Designación del Rector... 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 medio de comunicación de circulación nacional" (obrante a fls. 101 a 102 del expediente).*

Por otra parte, en este punto, el auto objeto de aclaración validó como eficaz la publicación que la Universidad hiciera en un medio de circulación nacional, concretamente en el diario *El Tiempo* el 15 de septiembre de 2014, pero el texto de esa publicidad no se hizo en forma exacta frente al acto que fijó el cronograma, pues solo se trató de su mención, como se observa en la redacción del aviso en prensa, cuyo texto es el siguiente: "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](http://www.unad.edu.co), entre el 15 y el 26 de septiembre de 2014" (fl. 87 del expediente).

A mi juicio, la anterior *ratio* llevó a obviar el tema de la publicación tardía del mentado Acuerdo 13 de 2014, que se hiciera el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial* 49.345, obrante a fl. 97 del expediente.

Por lo anterior, insisto en que el asunto debió presentar un mayor desarrollo frente a otros aspectos que eran de trascendencia para el asunto *sub judice*.

Las anteriores razones son suficientes para soportar mi tesis de haber analizado el tema de la publicidad del acto administrativo, más allá de la sola diferencia entre acto de trámite y definitivo, que no contiene la norma de publicidad de los actos administrativos generales, pues ha de recordarse que la normativa no diferencia entre los de trámite y los definitivos.

Además, como ya lo expuse actos generales como la fijación del cronograma constituyen la bitácora temporal del desarrollo del proceso electoral, revisten una trascendental importancia dentro del proceso electoral y así lo concibió la institución universitaria al reglamentar la publicidad y divulgación del mismo. En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

<sup>1</sup> Expediente 11001032800020110005900. Demandante: Hernando José Daza Planta. Demandado: Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional (Infotep). C. P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez.

#### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

**- Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil/FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - La vinculación de la Registraduría se fundamenta y parte del supuesto sine qua non que la autoridad haya proferido el acto demandado o intervenido en su adopción/REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - La excepción no prospera porque el vicio radica en la supuesta coexistencia de inscripciones efectuada por esta/RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA**  
**- Contra auto que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**

En el *sub judice* el señor Basto Prada demandó la elección del Senador Juan Manuel Galán Pachón por supuestamente estar incurso en una causal de inhabilidad, especialmente, la relativa a la coexistencia de inscripciones según la cual no podrán ser congresistas "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".

Al momento de contestar la demanda, la Registraduría Nacional del Estado Civil propuso excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva" con el argumento de que esa entidad "se encarga solo de la organización de las elecciones y que por ende ha de mantener el equilibrio en las resultados del proceso electoral, que legalmente no emite acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido".

La anterior excepción fue negada en la audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2014, pues a juicio de la Consejera Ponente "la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Senado".

Pues bien, esta Sala considera que la decisión tomada por la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en la audiencia inicial referenciada debe mantenerse incólume por las razones que se pasan a explicar: Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse "(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales". La finalidad de esta norma es

permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda si lo considera necesario intervenir en el proceso.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

En efecto, cuando la demanda de la referencia fue admitida por auto de 4 de septiembre de 2014, el literal c) del numeral 1 de la providencia mencionada ordenó la vinculación de la RNEC, pero, como se mencionó en precedencia, esta autoridad no fue vinculada al proceso en calidad de demandada, sino a título de autoridad que intervino en la expedición del acto administrativo demandado, en tanto aquella es quien realiza la respectiva inscripción de candidatos.

Es por lo anterior, que en estricto sentido, en el caso en estudio, la obligación de vinculación surge por imperio de la Ley, al extremo de que la legalidad del trámite se vería comprometido si dicha notificación no se surtiera; por tanto, y en cumplimiento del artículo 277 de CPACA, corresponde a esta Sección vincular a la RNEC como entidad que intervino en la expedición del acto demandado. (...) para la Sala no cabe duda alguna que, el vicio radica en la supuesta coexistencia de inscripciones directamente efectuadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que en los términos del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, se imponía su vinculación, notificándole personalmente del auto admisorio de la demanda.

Así las cosas, la vinculación a la entidad estuvo bien efectuada en atención al origen del vicio que da pie a la inhabilidad que se le atribuye al demandado, por lo que la decisión suplicada debe mantenerse. De conformidad con lo expuesto la Sala confirmará la decisión suplicada.

Nota de Relatoría: Menciona auto de súplica, de 6 de noviembre de 2014 Rad. 2014-00065, en el cual se declaró la prosperidad de la excepción "falta de legitimación en la causa por pasiva" porque en ese caso no se desplegaron funciones propias de la Registraduría.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 2

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00(S)

Actor: Jorge Basto Prada

Demandado: Senador de la República

En atención a que en la sesión de Sala del 23 de abril de 2015 el proyecto de auto elaborado por la Magistrada Susana Buitrago Valencia no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, pasa el proceso a este Despacho para resolver el recurso de súplica que presentó la Registraduría Nacional del Estado Civil en audiencia inicial del proceso de la referencia, frente a la decisión de la Consejera Ponente de negar la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción electoral (artículo 139 del CPACA) el señor Jorge Basto Prada interpuso demanda contra el acto de elección del Senador de la República Juan Manuel Galán Pachón, periodo 2014-2018.

Mediante auto del 4 de septiembre de 2014 se admitió la demanda de la referencia y se ordenó notificar, entre otros, a la Registraduría Nacional del Estado Civil —en adelante RNEC—.

Esta autoridad, mediante apoderada judicial, contestó la demanda en la que propuso la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* toda vez que esa entidad *“se encarga solo de la organización de las elecciones y que por ende ha de mantener la imparcialidad en las resultas del proceso electoral, que legalmente no emite acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido, ni cuando un voto es válido o no, y por ello no determina cuando una persona se hace merecedora o no a un cargo de elección popular, esta gestión es implementada acorde a los imperativos constitucionales y legales, por actores independientes y ajenos a la Registraduría Nacional del Estado Civil”*.

Asimismo, planteó que hace parte, junto con el Consejo Nacional Electoral, de la Organización Electoral, y tienen como función exclusiva, en relación con el proceso de inscripciones de los candidatos a elecciones por voto popular, la de verificar los requisitos formales exigidos en el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

En audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2014 la Magistrada Ponente negó la excepción propuesta. Para el efecto, explicó que de acuerdo con las competencias asignadas por la Constitución y la ley a la Registraduría, la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Senado.

La anterior decisión fue objeto del recurso de súplica por parte de la apoderada de la Registraduría, toda vez que a su juicio

*“la RNEC debe ser imparcial y se limita a la realización de las elecciones, que de conformidad con la Ley 1475 de 2011 son los partidos políticos los encargados de revisar el cumplimiento de los requisitos y en sede administrativa la ciudadanía y también los partidos políticos pueden objetar la inscripción ante el Consejo Nacional Electoral”*.

A su vez, expresó que *“la denegación de inscripción es un delito de conformidad con el Código Penal y, si bien es sano vincular a las autoridades electorales insiste en que se debe desvincular a la Registraduría Nacional del Estado Civil”*.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA<sup>2</sup> el auto que decida sobre las excepciones es susceptible del recurso de apelación o de súplica según el caso. Tal interpretación de la norma fue avalada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014 dentro del proceso con Radicado No. 2012-00395-01<sup>3</sup>, el cual se profirió por la importancia jurídica del asunto a decidir.

### 2.2. Planteamiento del asunto que copará la atención de la Sala

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar si se confirma la decisión tomada por la Magistrada Ponente en la audiencia inicial del 5 de diciembre de 2014 en el sentido de negar la excepción propuesta por la RNEC, o por el contrario aquella debe ser revocada, pues tal como lo expresó la Registraduría, no es necesaria su vinculación al proceso de la referencia, toda vez que a su juicio, su función se limita a la realización de las elecciones y legalmente no emite acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido.

### 2.3. Caso concreto

En el *sub judice* el señor Basto Prada demandó la elección del Senador Juan Manuel Galán Pachón por supuestamente estar incurso en una causal de inhabilidad, especialmente, la relativa a la coexistencia de inscripciones según la cual no podrán ser

2 Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudárselas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones. Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.

3 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Enrique Gil Botero.

1 Folio 109.

congresistas *"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"*.

Al momento de contestar la demanda, la Registraduría Nacional del Estado Civil propuso excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* con el argumento de que esa entidad *"se encarga solo de la organización de las elecciones y que por ende ha de mantener el equilibrio en los resultados del proceso electoral, que legalmente no emite acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido"*.

La anterior excepción fue negada en la audiencia inicial celebrada el 5 de diciembre de 2014, pues a juicio de la Consejera Ponente *"la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Senado"*.

Pues bien, esta Sala considera que la decisión tomada por la Doctora Lucy Jeannett Bermúdez Bermúdez en la audiencia inicial referenciada debe mantenerse inólume por las razones que se pasan a explicar:

Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse *"(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales"*.

La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda si lo considera necesario intervenir en el proceso.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

En efecto, cuando la demanda de la referencia fue admitida por auto de 4 de septiembre de 2014, el literal c) del numeral 1 de la providencia mencionada ordenó la vinculación de la RNEC, pero, como se mencionó en precedencia, esta autoridad no fue vinculada al proceso en calidad de demandada, sino

a título de autoridad que intervino en la expedición del acto administrativo demandado, en tanto aquella es quien realiza la respectiva inscripción de candidatos<sup>4</sup>.

Es por lo anterior, que en estricto sentido, en el caso en estudio, la obligación de vinculación surge por imperio de la Ley, al extremo de que la legalidad del trámite se vería comprometido si dicha notificación no se surtiera; por tanto, y en cumplimiento del artículo 277 de CPACA, corresponde a esta Sección vincular a la RNEC como entidad que intervino en la expedición del acto demandado.

En segundo lugar, debe poner de presente esta Sala que, en auto de 6 de noviembre de 2014, las Magistradas Susana Buitrago Valencia y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez revocaron la decisión tomada por el Ponente dentro de la Cámara Subjetiva de Bolívar, y en su lugar decidieron declarar la prosperidad de la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, esgrimida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En dicha oportunidad se concluyó que, en atención a las competencias asignadas por la Constitución y la ley a esa Entidad, en aquella ocasión, **no se desplegaron funciones propias de la Registraduría**, ni tampoco se evidenció que, en caso de salir adelante las pretensiones, le correspondía asumir posición de responsabilidad o afrontar algún tipo de actuación, como consecuencia de la anulación del acto de elección, circunstancias que no hacía indispensable su vinculación al proceso.

Se dijo en ese momento:

*"Como se observa, la vinculación de la Registraduría Nacional y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es ESPECIAL, si se considera y se comprueba desde cierta perspectiva, que pudo haber intervenido en la adopción del acto administrativo de elección demandado, situación que la coloca en el predicamento de defender su actuación, más no la elección propiamente dicha, creándole un posible interés en el resultado del proceso. Sin embargo, de aparecer claramente que no intervino en la adopción del acto incoado, su intervención en el proceso resulta inocua"*.

En este evento, para la Sala no cabe duda alguna que, el vicio radica en la supuesta **coexistencia de inscripciones directamente efectuadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil**, por lo que en los términos del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, se imponía su vinculación, notificándole personalmente del auto admisorio de la demanda.

Así las cosas, la vinculación a la entidad estuvo bien efectuada **en atención al origen del vicio** que da pie a la inhabilidad que se le atribuye al demandado, por lo que la decisión suplicada debe mantenerse.

De conformidad con lo expuesto la Sala confirmará la decisión suplicada.

<sup>4</sup> Artículos 88 a 98 Código Electoral.

**III. RESUELVE**

**Primero.** Confirmar la decisión tomada por la Consejera Ponente en audiencia inicial del 5 de diciembre de 2014 de negar la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

**Segundo.** En firme esta providencia, remítase el proceso al despacho de la H. Consejera sustanciadora para lo de su cargo.

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Susana Buitrago Valencia**

Consejera de Estado

Con Salvamento de Voto

**Antonio Agustín Aljure Salame**

Conjuez

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA SUSANA  
BUITRAGO VALENCIA**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL**

**- Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil/FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - La vinculación de la Registraduría no se le hizo en calidad de demandada sino a título de autoridad que participó en la conformación del acto de elección de demandada/REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - El Juez electoral cumple con un mandato del artículo 277 del CPACA en notificar el auto admisorio de la demanda pero no puede exigirle e imponerle que ejerza una participación activa en el proceso**

De este marco jurídico se puede concluir que la RNEC tiene una función restringida en el proceso de inscripción de candidatos a cargos de elección popular porque existe una norma constitucional que a quien faculta es al Consejo Nacional Electoral y no a dicha Entidad para que estudie y decida en sede administrativa las solicitudes de revocatoria de inscripción de los candidatos a cargo de elección por voto popular.

En el presente caso el actor pretende la nulidad de la elección como Senador de la República del señor Juan Manuel Galán Pachón pues considera que este transgredió el numeral 6 del artículo 179 Superior debido a que su hermano se inscribió y fue elegido el mismo día por idéntico partido político a la misma corporación pública.

Ello evidencia que el estudio de la posible estructuración del vicio a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil al momento de adelantar el trámite de inscripción del candidato no le competía por desbordar las atribuciones que le confiere el artículo 32 de la Ley 1475 transcrito en precedencia.

Entonces, considero que debió haberse declarado probada la excepción pues ciertamente su vinculación, al notificársele el auto admisorio de la demanda, no se le hizo en calidad de demandada, sino a título de autoridad que participó en la conformación del acto de elección de demandado, a fin que si era su interés participara en el proceso en defensa de la legalidad de este.

Si el organismo estima no corresponderle tal actuación por ser ajeno al asunto que se depreca, el Juez electoral cumple con un mandato del artículo 277 del CPACA en notificar el auto admisorio de la demanda pero no puede exigirle e imponerle que ejerza una participación activa en el proceso ni menos hacerla acreedora de alguna de las causas del posible procedimiento irregular del acto de elección. Estas condiciones y el poderse dictar sentencia válidamente sin la participación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en mi criterio es jurídicamente posible aceptarse su desvinculación.

**Salvamento de voto**

**Consejera:** Susana Buitrago Valencia

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil quince (2015).

Debo exponer las razones por las cuales me aparte de la providencia judicial de 11 de mayo de 2015 por la cual la Sala de Súplica confirmó la decisión de la Consejera ponente de negar la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* que alegó la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC). Estas están contenidas en el proyecto de auto que no alcanzó mayorías y corresponden a las siguientes:

- La legitimación en la causa es la capacidad legal para presentarse y actuar en el proceso. Ya como demandante: a quien le asiste el derecho de plantear y exigir la pretensión respectiva (legitimación por activa), o como demandado: a quien le puede ser exigida por ser quien jurídicamente se le considera el obligado a acatar la orden que el juez imparta, o a padecer los efectos de la sentencia. Esto es el sujeto pasivo del proceso: (legitimación en la causa por pasiva).
- La acción de nulidad electoral puede ser ejercida por cualquier persona como lo establece el artículo 139 del CPACA, luego no exige legitimación en la causa por activa.

En cuanto a la parte demandada el único es el ciudadano que resultó elegido o nombrado, declarado tal por el acto acusado. No así la autoridad pública que lo expidió ni las que intervinieron en su producción. Estas no tienen tal condición intervienen en el proceso si tienen interés en defender la legalidad del acto.

- En el *sub examine* a la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), se le vinculó a título de autoridad posiblemente interesada en mantener la legalidad del acto acusado por ser organismo que como integrante de la Organización Electoral en el proceso administrativo electoral tuvo a cargo la inscripción del demandado. Por tal motivo, considero que es viable aceptarle la excepción alegada.
- El proceso de inscripción de candidatos a cargos de elección popular – *Senado de la República*, presenta regulación por la siguiente normatividad:

1. El artículo 32 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"*, establece:

*"Aceptación o rechazo de inscripciones. La autoridad electoral ante la cual se realiza la inscripción verificará el cumplimiento de los requisitos formales para la misma, y en caso de encontrar que los reúnen, aceptarán la solicitud"*

suscribiendo el formulario de inscripción en la casilla correspondiente.

*La solicitud de inscripción se rechazará, mediante acto motivado, cuando se inscriban candidatos distintos a los seleccionados mediante consultas populares o internas, o cuando los candidatos hayan participado en la consulta de un partido, movimiento político o coalición, distinto al que los inscribe. Contra este acto procede el recurso de apelación de conformidad con las reglas señaladas en la presente ley.*

*En caso de inscripción de dos o más candidatos o listas se tendrá como válida la primera inscripción, a menos que la segunda inscripción se realice expresamente como una modificación de la primera.* (Negritillas fuera del texto original).

2. Por su parte el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política establece:

*“El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:*

(...)

*12. Decidir la revocatoria de inscripción de Candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.*

(...):

3. Y el artículo 396 del Código Penal consagra:

*“Denegación de inscripción. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público a quien legalmente corresponda la inscripción de candidato o lista de candidatos para elecciones populares que no cumpla con esta función o la dilate o entorpezca, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.*

*En igual pena incurrirá quien realice las conductas anteriores cuando se trate de plebiscito, referendo, consulta popular y revocatoria del mandato.*

*La misma pena se impondrá al que por cualquier medio impida u obstaculice la inscripción a que se refieren los incisos anteriores”.*

- De este marco jurídico se puede concluir que la RNEC tiene una función restringida en el proceso de inscripción de candidatos a cargos de elección popular porque existe una norma constitucional que a quien faculta es al Consejo Nacional Electoral y no a dicha Entidad para que estudie y decida en sede administrativa las solicitudes de revocatoria de inscripción de los candidatos a cargo de elección por voto popular.
- En el presente caso el actor pretende la nulidad de la elección como Senador de la República del señor Juan Manuel Galán Pachón pues considera que este transgredió el numeral 6 del artículo 179 Superior debido a que su hermano se **inscribió** y fue elegido el mismo día por idéntico partido político a la misma corporación pública. Ello evidencia que el estudio de la posible estructuración del vicio a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil al momento de adelantar el trámite de inscripción del candidato no le competía por desbordar las atribuciones que le confiere el artículo 32 de la Ley 1475 transcrito en precedencia.
- Entonces, considero que debió haberse declarado probada la excepción pues ciertamente su vinculación, al notificársele el auto admisorio de la demanda, no se le hizo en calidad de demandada, sino a título de autoridad que participó en la conformación del acto de elección de demandado, a fin que si era su interés participara en el proceso en defensa de la legalidad de este.
- Si el organismo estima no corresponderle tal actuación por ser ajeno al asunto que se deprecia, el Juez electoral cumple con un mandato del artículo 277 del CPACA en notificar el auto admisorio de la demanda pero no puede exigirle e imponerle que ejerza una participación activa en el proceso ni menos hacerla acreedora de alguna de las causas del posible procedimiento irregular del acto de elección. Estas condiciones y el poderse dictar sentencia válidamente sin la participación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en mi criterio es jurídicamente posible aceptarse su desvinculación.

Las anteriores precisiones son el sustento que fundamentan la decisión de apartarme del auto de 11 de mayo de 2015.

**Susana Buitrago Valencia**  
Consejera de Estado

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del rector de la Universidad Nacional de Colombia/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran elementos suficientes para decretarla**

La accionante solicitó la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en lo expresado en la demanda, justificó la medida precautelar en el desconocimiento de los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 65 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que dichas leyes ordenan a las entidades, incluidas las autónomas como es el caso de la Universidad Nacional de Colombia, a publicar sus actos administrativos generales en el *Diario Oficial*. En el caso bajo estudio, a juicio de la actora, tanto el acto enjuiciado como las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015, "por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" no fueron publicados. Además, en su parecer, se vulneró el preámbulo de la Constitución y su artículo 1º, los cuales suponen "centralización política, unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional".

La Sala analizará si los documentos aportados, acreditan debidamente la supuesta infracción de las normas indicadas como violadas por la actora, esto es, si las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015, "por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" y la 016 del 25 de marzo de 2015, "por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018" no se publicaron en el *Diario Oficial*, la Sala encuentra que si bien las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015, mediante las cuales el CSU de la Universidad Nacional de Colombia estableció el calendario y convocó al proceso para designar al Rector de dicha Institución, no son actos administrativos que dieron por finalizado el procedimiento electoral aludido, es decir, no tienen el carácter de ser actos definitivos, lo cierto es que dichos actos son de trámite y, a su vez, de incidencia general.

En efecto, tales determinaciones administrativas corresponden a actos: (i) de trámite que constituyen la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no deciden el fondo del asunto ni hacen imposible continuarlo, es decir, solo pretenden dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, (ii) son de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

En consecuencia, a las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 les es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA. No obstante, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que la finalidad de la publicación de estas resoluciones es que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la Universidad Nacional de Colombia conozca y, eventualmente, participe en el procedimiento electoral aludido.

En este contexto se advierte que, si bien las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 no fueron publicadas en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación se llevó a cabo el 21 de enero de 2015 en el diario *El Tiempo*. Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00011-00

Actor: Natalia Calderón Páez

Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral contra la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 "Por la cual se designa al profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo Institucional 2015-2018"; y, (ii) la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En ejercicio de la acción electoral (artículo 139 del CPACA), la señora Natalia Calderón Páez interpuso demanda contra la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 que declaró la elección del señor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia. Adicionalmente, a título de medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Como sustento de su demanda, la parte actora señaló que la elección del demandado vulneró el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y el preámbulo y los artículos 1º y 209 de la Constitución, al no publicarse en el *Diario Oficial* las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre

de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 “Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018” y la 016 del 25 de marzo de 2015 “Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018”.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

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

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

### 2. Sobre la admisión de la demanda

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166 *ibidem*, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, la pretensión fue formulada de manera clara y precisa, narra los hechos que la fundamenta, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y obra en el expediente copia del acto acusado, contenido en la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 que declaró la elección del señor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia (fl. 19).

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que indica:

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.*

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

En efecto, el acto acusado se publicó el 27 de abril de 2015 y la demanda se presentó el 30 de abril de 2015, esto es, dentro de los 30 días hábiles<sup>1</sup> siguientes a la emisión de aquel.

Por lo expuesto, la demanda se admitirá.

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

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

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

### 3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

3.2.1. El escrito en el cual la demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, visible a folio 7 del expediente, indica que *“es evidente y confesa la transgresión de las normas de mayor jerarquía invocadas<sup>2</sup> toda vez que no se publicó la convocatoria en el Diario Oficial, so pretexto de autonomía universitaria, Ley 30 y estatutos universitarios”.*

<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)”

<sup>2</sup> La Sala evidencia que la accionante realiza una remisión al concepto de violación de la demanda.

Sobre la procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado señaló que *“aparece presente del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, esto es, de la respuesta al derecho de petición del Secretario General de la Universidad”*.

Por otra parte, adujo que *“en el presente caso, efectuado el análisis de confrontación de los actos demandados con estas disposiciones, y estudiadas las pruebas documentales allegadas con la demanda, se advierte la disconformidad con la Resolución 016 de 2015 con la normatividad”*.

### 3.2.2. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto del 5 de mayo de 2015, el Consejero Ponente ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional de la elección de Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia, al demandado, al Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia y al Ministerio Público, y les concedió el término de tres (3) días para que expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida.

### 3.2.3. El demandado, por intermedio de apoderado judicial indicó:

- Respecto de la supuesta obligación de publicar exclusivamente en el *Diario Oficial* los actos administrativos de carácter general y abstracto, algunas sentencias del Consejo de Estado acogen la interpretación restrictiva y fundamentalista, producto de una lectura formal y aislada de los textos legales<sup>3</sup>, según la cual únicamente con la publicación de los actos administrativos de carácter general en el *Diario Oficial* se cumple con el requisito de publicidad para su vigencia y oponibilidad. Pero a su juicio, esa posición apunta exclusivamente a señalar los efectos de la publicación y no a crear una reserva de publicación a cargo de la Imprenta Nacional.

Afirmó que en atención a que la finalidad de la publicación es la de enterar a la sociedad de manera eficiente sobre el contenido de esas decisiones ejecutivas, el criterio del legislador siempre fue el de ordenar la adopción de medios de comunicación que tuvieran más y mejor capacidad de llegar a la población y es evidente que el *Diario Oficial* carece de *“lecturabilidad”*, pues no llega a la ciudadanía, su distribución es restringida y es incapaz de satisfacer las necesidades de informar masiva y adecuadamente a las personas.

Adujo que el artículo 65 del CPACA señala las consecuencias de la publicación de los actos administrativos generales en cuanto a su obligatoriedad y eficacia y destaca la validez primaria de la publicidad en el *Diario Oficial*, pero no excluye la existencia de otros medios que puedan cumplir con igual o mejor eficiencia el propósito de la publicidad.

Argumentó que los artículos 34, 35 y 53 *ibidem* disponen que los procedimientos y trámites administrativos generales podrán realizarse a través de medios electrónicos, es decir, comoquiera que la publicación de los actos es una etapa del procedimiento, la ley autoriza plenamente el empleo de esta clase de medios.

- Respecto del medio de publicación electrónico de la Universidad Nacional de Colombia, manifestó que esa Institución creó un sistema electrónico de publicidad de sus actos para atender los requerimientos legales al respecto.

Expresó que el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia expidió los Acuerdos No. 26 de 2010 y 70 de 2012 en los que dispuso que la publicación de los actos académicos y administrativos de carácter general deben ser publicados en el Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos.

Afirmó que el anterior es un medio de publicación oficial que emplea un aplicativo web, es decir, la Universidad tiene una normativa armónica con el CPACA.

Argumentó que los reglamentos internos de la Institución se expidieron de conformidad con la ley y son el fundamento legal del trámite de las publicaciones que posteriormente hizo la Entidad de las convocatorias para escoger al Rector. Además, ninguno de ellos ha sido cuestionado y por lo tanto están sujetos a la presunción de legalidad que ampara, tanto los actos de las convocatorias como la elección misma del Rector.

Señaló que con ese medio la Universidad ha atendido con eficacia y prontitud sus relaciones con los estudiantes, profesores y ciudadanía en general, toda vez que además de la página web, las divulgaciones se surten por el sistema de *“Unimedios”* y el periódico de la Universidad que se distribuye por el Diario *El Tiempo* en todo el país. Para el efecto aportó copia de una página de ese diario, del 21 de enero de 2015 en la que se observa la publicación de la convocatoria para aspirantes al cargo de Rector de la Universidad Nacional de Colombia, periodo 2015-2018.

3.2.4. El Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia y el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado guardaron silencio.

### 3.3. Caso concreto

La accionante solicitó la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en lo expresado en la demanda<sup>4</sup>, justificó la medida precautel en el desconocimiento de

3 En referencia al artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

4 Para la Sala, como se advirtió, en el capítulo de la sustentación de la medida cautelar, existe una remisión a los fundamentos de la demanda.

los artículos 119<sup>o</sup> de la Ley 489 de 1998 y 65<sup>o</sup> de la Ley 1437 de 2011, toda vez que dichas leyes ordenan a las entidades, incluidas las autónomas como es el caso de la Universidad Nacional de Colombia, a publicar sus actos administrativos generales en el *Diario Oficial*.

En el caso bajo estudio, a juicio de la actora, tanto el acto enjuiciado como las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 “*Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018*” no fueron publicados.

Además, en su parecer, se vulneró el preámbulo de la Constitución y su artículo 1<sup>o</sup>, los cuales suponen “*centralización política, unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional*”.

La señora Calderón Páez puso de presente el fallo proferido por esta Sección el 25 de octubre de 2007 en el que se declaró la nulidad de la elección del Rector del Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional (Infotep), en el que se indicó:

*“El ordenamiento constitucional Colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se*

*enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración, y si así lo deciden, activen su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (Art. 40 C. P.), interponiendo las acciones legales en su contra, para la defensa del ordenamiento jurídico. Todo ello, sin duda, contribuye a hacer más transparente el proceder de la administración”.*

Los documentos relevantes que obran en el expediente se relacionan a continuación:

- Acuerdo No. 011 del 12 de marzo de 2005, “*por el cual se adopta el Estatuto General de la Universidad Nacional de Colombia*”. (fls. 56 a 73).

- Acuerdo No. 021 del 9 de septiembre de 2008, “*por el cual se reglamenta la designación de Rector en la Universidad Nacional de Colombia*”. (fls. 74 y 75).

- Acuerdo No. 026 del 9 de noviembre de 2010, “*por el cual se regulariza el Ordenamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia*”. (fls. 76 a 79).

- Acuerdo No. 026 del 13 de diciembre de 2011, “*por el cual se modifica el artículo 11 del Acuerdo 026 de 2010 del Consejo Superior Universitario*”. (fls. 80 a 82).

- Resolución No. 278 del 22 de noviembre de 2011, “*por la cual se reglamenta el procedimiento para adelantar la consulta previa a la comunidad académica, dentro del proceso para la designación del Rector de la Universidad Nacional de Colombia*”. (fls. 86 y 87).

- Acuerdo No. 070 del 4 de septiembre de 2012 “*Por el cual se establece el Ordenamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia y se derogan los Acuerdos 026 de 2010 y 026 de 2011 del Consejo Superior Universitario*”. (fls. 83 a 85).

- Resolución No. 108 del 16 de diciembre de 2014 “*Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018*”. (fls. 14 y 15).

- Resolución No. 015 del 18 de marzo de 2015, “*por la cual se modifican parcialmente las Resoluciones 278 de 2011 y 108 de 2014 del Consejo Superior Universitario, en el sentido de extender el horario de la Consulta Electrónica previa a la comunidad académica, dentro del proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018*”. (fl. 16).

- Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 “*Por la cual se designa al profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo Institucional 2015-2018*”. (Fl. 19).

5 Artículo 119. Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

- Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;
- 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.

6 Artículo 65. 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.

- Fotocopia de una página del diario *El Tiempo* del 21 de enero de 2015 en el que se observa publicación titulada "Convocatoria aspirantes al cargo de rector de la Universidad Nacional de Colombia periodo 2015-2018". (Fl. 92).

- Fotocopia Convenio Interadministrativo celebrado entre la Universidad Nacional de Colombia y el Distrito Capital - Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá mediante el cual el Distrito cedió, entre otros, el aplicativo del "Régimen Legal". (Fls. 101 a 105).

- Copia del Proyecto de Inversión - Plan Global de Desarrollo 2010-2012: Instalación y Consolidación del Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos "Régimen Legal" en la Universidad Nacional de Colombia. (Fls. 106 a 108)

- Certificación expedida por la Secretaría General de la Universidad Nacional de Colombia en la que se indican las fechas de entrada en vigencia de los actos administrativos relacionados y la fecha de su publicación en el Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos "Régimen Legal", así:

Acto administrativo	Fecha de publicación en el régimen legal	Fecha de entrada en vigencia de cada uno de los actos administrativos
Acuerdo CSU 011 de 2005	11/07/2009	31/03/2005
Acuerdo CSU 021 de 2008	05/05/2009	09/09/2008
Acuerdo CSU 026 de 2010	12/11/2010	01/01/2011
Acuerdo CSU 026 de 2011	17/01/2012	17/01/2012
Acuerdo CSU 070 de 2012	14/09/2012	14/09/2012
Resolución CSU 278 de 2011	13/12/2011	22/11/2011
Resolución CSU 108 de 2014	19/12/2014	19/12/2014
Resolución CSU 015 de 2015	18/03/2015	18/03/2015
Resolución CSU 016 de 2015	27/04/2015	25/03/2015

La Sala entonces analizará si los anteriores documentos acreditan debidamente la supuesta infracción de las normas indicadas como violadas por la actora, esto es, si las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 "Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" y la 016 del 25 de marzo de 2015 "Por el cual se designa al Rector de la Universidad Pedagógica Nacional para el periodo 2014-2018" no se publicaron en el *Diario Oficial*.

**De la supuesta falta de publicación de la Resolución 016 del 25 de marzo de 2015 proferido por el CSU de la Universidad Nacional de Colombia, es decir, de aquella a través de la cual se efectuó la elección del actual rector de dicha Institución.**

Respecto de la publicación de los actos administrativos particulares como la Resolución 016 del 25 de marzo de 2015 que designó al demandado como Rector de la Universidad Nacional de Colombia, esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de este tipo de actos **constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez**<sup>7</sup>.

Lo anterior encuentra soporte normativo en el artículo 72 del CPACA, que dispone<sup>8</sup>:

**"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".

Por esta razón, no puede proceder esta Sala a decretar la medida cautelar solicitada.

**De la supuesta falta de publicación de las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015, "por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" proferidas por el CSU de la Universidad Nacional de Colombia.**

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 29 de mayo 2014. Radicación No.: 11001-03-28-000-2011-

00059-00. Actor: Hernando José Daza Plata. Demandado: Instituto de Formación Técnica Profesional (Infotep) de San Juan del Cesar (La Guajira).  
<sup>8</sup> Si bien la norma se refiere a "notificación" de providencias, esta es aplicable al caso concreto, pese a que los actos electorales de carácter particular no se notifica sino que se publica.

Sea lo primero advertir que el ámbito de aplicación del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 cobija *“a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”*.

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 ha[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”*.

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”*<sup>9</sup>; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, y que hacen referencia a personas determinadas individualmente.

De esta manera, dependiendo del tipo de acto administrativo, la ley ha instituido la forma en que las decisiones deben ser conocidas por sus destinatarios, para dar cabal cumplimiento a la obligación de publicidad. Así, los actos administrativos de contenido general siguen la regla de publicación a que se refiere el artículo 65 del CPACA, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del mismo código, *“los actos administrativos de carácter particular [y 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”*.

9 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.

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

En materia electoral, los actos de elección distintos a los de voto popular y los de nombramiento y llamamiento, deben ser objeto de publicación, pese a que su contenido sea particular y concreto según lo reza el párrafo del citado artículo 65 del CPACA, en consideración a la naturaleza especial de aquellos. Por su parte, la declaración de elección por voto popular deberá surtirse en audiencia pública, momento a partir del cual inicia el término de caducidad<sup>11</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que si bien las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015, mediante las cuales el CSU de la Universidad Nacional de Colombia estableció el calendario y convocó al proceso para designar al Rector de dicha Institución, no son actos administrativos que dieron por finalizado el procedimiento electoral aludido, es decir, no tienen el carácter de ser actos definitivos, lo cierto es que **dichos actos son de trámite y, a su vez, de incidencia general**.

En efecto, tales determinaciones administrativas corresponden a actos: **(i)** de trámite que constituyen la etapa inicial del procedimiento que se impone para llevar a cabo la elección del citado funcionario, luego, no deciden el fondo del asunto ni hacen imposible continuarlo<sup>12</sup>, es decir, solo pretenden dar impulso a la decisión final de índole electoral e, igualmente, **(ii)** son de carácter general toda vez que su finalidad era la de convocar y dar a conocer a la comunidad el inicio del procedimiento de elección que se demanda.

En consecuencia, a las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 les es aplicable el régimen de publicación y notificación a que se refiere el artículo 65 del CPACA. No obstante, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que la finalidad de la publicación de estas resoluciones es que cualquier persona interesada en la elección del cargo de Rector de la Universidad Nacional de Colombia conozca y, eventualmente, participe en el procedimiento electoral aludido.

En este contexto se advierte que, si bien las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014, modificada por la 015 del 18 de marzo de 2015 no fueron publicadas en el *Diario Oficial*, lo cierto es que su divulgación se llevó a cabo el 21 de enero de 2015 en el diario *El Tiempo*.

Por estas razones, para la Sala, al menos por el momento, no se concretan los elementos para suspender provisionalmente el acto de elección que se demandó.

Por lo expuesto se,

### III. RESUELVE

**Primero: Admitir** la demanda de nulidad electoral promovida por la señora Natalia Calderón Páez contra la designación de

11 Literal a) del numeral 2 del Artículo 164 CPACA.

12 Sobre el particular, ver auto de 12 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00032-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia, por lo que se dispone:

**1. Notificar a Ignacio Mantilla Prada**, Rector de la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con el literal a) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

**2. Notificar** personalmente al Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.

**3. Notificar** personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3 del artículo 277 del CPACA.

**5. Notificar** por estado a la parte actora.

**6. Informar** a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.

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

**Segundo: No decretar** la suspensión provisional de la Resolución 016 del 25 de marzo de 2015 "*Por la cual se designa al profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo Institucional 2015-2018*".

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

## ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Tiene norma especial que no señala el traslado de la solicitud de las medidas cautelares a los sujetos procesales

No comparto las razones por las que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la Institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato.

Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan insipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera. (...) las anteriores razones son suficientes para fundamentar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea. En estos términos aclaro mi voto.

### PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales

El fallo frente al cual aclaro mi voto, plantea frente a las Resoluciones No. 016 de 25 de marzo de 2015 a través de la cual se efectuó la elección del actual Rector de la Universidad Nacional de Colombia y No. 108 de 16 de diciembre de 2014. Modificada por la No. 015 del 18 de marzo de 2015 "Por la Cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" - son actos, de conformidad con sus características que tiene doble condición, de trámite y a su vez de carácter general, y que por esta última característica se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 del CPACA con lo que estoy plenamente de acuerdo.

Sin embargo frente a la conclusión relacionada con que la finalidad de la publicación de estos actos administrativos es que cualquier persona interesada en la elección del cargo la conociera y eventualmente participara en el procedimiento electoral aludido, y en este caso específico, aunque no fue publicado en el *Diario Oficial*, se llevó a cabo en el diario *El Tiempo*, no se dan los elementos para suspender el acto de elección, considero respetuosamente hacer las siguientes precisiones: El artículo 65 del CPACA es claro y no admite interpretación diferente: los actos generales (no se distingue entre actos de trámite o definitivos) de las entidades del orden nacional no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*, sin embargo, si por fuerza mayor no es posible hacerlo se da la opción de cumplir con dicho requisito con la publicación en un medio masivo de comunicación eficaz.

La jurisprudencia de esta Sección ha estudiado en múltiples oportunidades el tema y ha considerado que la publicación en un medio masivo de comunicación no suplente el requisito de publicación en el *Diario Oficial*.

De igual manera, esta Sección ha considerado que la falta de publicación del acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, y se constituye en requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, esto es, el posterior acto de elección, se erige en presupuesto de validez.

Entonces, si bien es cierto en el caso concreto no se cumplió con el requisito de publicación en el *Diario Oficial* establecido en el artículo 65 del CPACA, del acto general que da inicio al proceso electoral es al momento de estudiar el fondo del asunto, esto es en la sentencia, que se debe analizar si esta carencia del requisito afectó o no la validez del posterior acto de elección, ya que, tal como lo indiqué en reiteradas oportunidades, esta Sección ha señalado que, con la publicación en otro medio, no puede tenerse por satisfecho el requisito y el acto de carácter particular que se expida con fundamento en un acto general que no ha sido publicado en el *Diario Oficial* no es válido.

#### Aclaración de voto

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., once (11) de junio de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue admitida la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia, y simultáneamente, negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

De entrada advierto que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido en que fueron dictadas las decisiones antes señaladas por la Sala el pasado 3 de junio de 2015, pues las comparto, sino con el (i) trámite que a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado le imprimió el Magistrado Ponente del auto, respecto del cual tengo objeciones en la medida en que considero, no se compadece con el establecido en la normativa que lo regula y, (ii) la obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales.

#### (i) Trámite dado a la solicitud de suspensión provisional

No comparto las razones por las que previa decisión sobre la declaratoria o no de la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados en el proceso electoral, sea procedente dar traslado del escrito con el cual se solicita la medida cautelar (la demanda o el documento aparte) al demandado o a los demás intervinientes.

Para empezar debo indicar que el soporte de tales actuaciones judiciales antes de resolver la medida cautelar lo encuentra el Magistrado Ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro, en que es en garantía del derecho de defensa y contradicción, especialmente

del demandado, que se "comuniquen" los fundamentos de la medida cautelar.

Pues bien, no obstante comprendo las razones de orden garantista que da el Consejero Ponente para sustentar su decisión, ya que yo misma las acojo con similar fin en el trámite de los recursos de apelación que se formulan en contra de las providencias con las que son decididas en primera instancia las solicitudes de suspensión provisional, asunto sobre el que me pronunciaré más adelante; no las comparto tratándose del procedimiento a seguir una vez es formulada la petición con la demanda, simultáneamente o en escrito aparte, pues en tal momento procesal la resolución de la petición de medida cautelar en materia electoral cuenta con un desarrollo especial y diferente al ordinario, como procederé a explicar.

En la tradición legal colombiana la medida cautelar de **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**<sup>1</sup> ha tenido lugar cuando se trata de actos electorales cuya legalidad es cuestionada en el proceso especial electoral. Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se incluyeron varias alternativas distintas a la de "Suspensión Provisional"<sup>2</sup>, las cuales se clasificaron según su naturaleza preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama<sup>3</sup> y que operan no solo para los procesos ordinarios, sino que además, se hicieron extensibles para la protección de derechos colectivos

1 Tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo- y luego en la Carta de 1886, 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. Actualmente la Constitución Política lo consagra en el artículo 238 que dice: "Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

2 "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).

3 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:

6. 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.

7. 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.

8. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

9. 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.

10. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

a través de acciones populares<sup>4</sup> y de derechos fundamentales por medio de la acción de tutela<sup>5</sup>.

Así las cosas, debo resaltar que para el trámite de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ya desde la vigencia del Código Contencioso Administrativo, el Legislador había dado un trato diferente en el procedimiento de esta medida cautelar para los eventos en que la solicitud estuviese dirigida a censurar actuaciones de las autoridades electorales.

Esto por cuanto la naturaleza de la acción de nulidad electoral, de carácter pública, permite que cualquier persona, actuando en interés general, pueda solicitar la nulidad de los actos electorales, sea con el propósito de esclarecer la forma en que se realizó una elección o para determinar si los lineamientos fijados en la Constitución y la Ley fueron obedecidos. Consecuentemente, es en virtud del mandato contenido en el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política<sup>6</sup>, según el cual la jurisdicción contencioso administrativa debe decidir la acción de nulidad electoral en el término máximo de 1 año, o en el de 6 meses para los casos que se tramitan en un proceso de única instancia, que el Legislador estableció un proceso especial cuyo objeto es determinar, a la mayor brevedad, la legalidad de los actos.

Así pues, en la medida en que el contencioso electoral propende por la preservación de la legalidad en abstracto, de manera que no se realiza un juicio para la defensa de un derecho subjetivo o con el que se pretenda el restablecimiento de alguno de tal naturaleza, sino que se adelanta con el propósito de proteger la Institucionalidad y la gobernabilidad para conferirle certeza a las designaciones o elecciones

y seguridad en la legitimidad de los dignatarios que los ciudadanos apoyan en las urnas, es que existe un interés general en que los procesos electorales sean definidos con prontitud, ya que prevalece la necesidad de la consolidación de situaciones jurídicas de manera que se tenga seguridad de sus consecuencias y se analice prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública del candidato.

Es por ello que, por ejemplo, este proceso cuenta con un término de caducidad corto respecto del establecido para los demás medios de control<sup>7</sup>, o como en el caso que nos ocupa, que el trámite de la solicitud de la medida cautelar sea tan precisa en cuanto a su oportunidad y a la forma en que se resuelve en una etapa tan incipiente del proceso donde ni siquiera se ha trabado la *litis*<sup>8</sup>.

Entonces, son las especiales condiciones del proceso de nulidad electoral las que determinan que su procedimiento sea el que establece el Legislador y no otro; de manera que, deba presentarse con la demanda, o en escrito aparte antes del vencimiento del término de caducidad, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sección, pues su resolución se producirá, únicamente, con el auto admisorio de la demanda<sup>9</sup>, el cual debe expedirse dentro de los 3 días siguientes al reparto del proceso<sup>10</sup>.

Lo anterior implica, además, que para resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, no puede, so pretexto de garantizar los derechos del demandado o los intervinientes, omitirse el trámite cuya enunciación trae consigo de la forma más fehaciente la denominación de norma de orden público, expresión del interés general, pues de esta forma se desnaturaliza la acción electoral y con ello los perentorios términos establecidos en la Constitución para su finalización.

4 Se advierte que su procedencia ya se había establecido desde la Ley 472 de 1998, normativa que confirió al juez la potestad de decretar, de oficio o a solicitud de parte debidamente motivada, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (art. 25).

5 Procedencia reconocida desde el Decreto-ley 2591 de 1991, que en su en su artículo 7º estableció la adopción de "medidas provisionales", cuando el "juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho", caso en el cual "suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere". Así mismo, el juez podrá de oficio o a petición de parte: "dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso". Dicha normativa en su artículo 8º, determinó la posibilidad de ejercer simultáneamente la tutela como mecanismo transitorio y las acciones contencioso administrativas a que hubiere lugar, permitiendo además, que el juez constitucional, de estimarlo procedente, ordene suspender o inaplicar temporalmente el acto administrativo, respecto de la situación jurídica concreta cuyo amparo se solicita.

6 Dice la norma: "Artículo 264. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 1 de 2003. 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. Parágrafo. 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". (negritas fuera del texto).

7 Para tener claridad al respecto, acudir al artículo 164 del CPACA.

8 Así lo establece el último inciso del artículo 277 del CPACA, el cual indica que la solicitud de suspensión provisional se ha de resolver con el auto admisorio de la demanda.

9 Sucede diferente en el proceso ordinario pues la solicitud de las medidas cautelares, en general, puede hacerse desde la presentación de la demanda en cualquier estado del proceso y deberán ser tramitadas cuando se acompaña con la demanda. Su trámite es así: se correrá traslado en forma simultánea con el auto que la admite, y se concederá un término de 5 días a la parte demandada, para que se pronuncie. Y luego se resolverá dentro de los 10 días siguientes.

Por su parte, cuando la solicitud de la medida se presente dentro del proceso, la Secretaría dará traslado al Despacho en los términos del artículo 108 del C. P. C., y el traslado a la contraparte se hará por el término de 5 días vencidos los cuales, se decidirá dentro de los 10 días siguientes.

10 Dice el artículo 276 del CPACA: "Trámite de la demanda. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante. Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.

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".

A esta altura vale la pena indicar que son estas mismas características de la solicitud de suspensión provisional en el proceso electoral, las que, guardando las diferencias procesales pertinentes, fueron incorporadas por el Legislador al abanico de posibilidades con las que cuenta el juez en los procesos ordinarios, al consagrar las denominadas medidas cautelares de urgencia<sup>11</sup>.

En el caso de la acción electoral, es entonces el interés general sobre el derecho de defensa inmediato del demandado lo que prevalece, de manera que la normativa que regula la formulación y resolución de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, ha establecido que debe hacerse sin ordenar el traslado del escrito o de las razones en que se sustenta previa decisión, pues, además, la garantía de los derechos de la persona cuyo nombramiento o elección es cuestionada, se refleja en la posibilidad de cuestionar la decisión en ejercicio de los recursos de reposición si se trata de un proceso de única instancia o de apelación si es de primera.

Ahora bien, como advertí en precedencia, cuando se trata del trámite de los recursos de apelación que se interpongan en contra del auto con el cual se resuelve la suspensión provisional en primera instancia, mi criterio coincide con el del Consejero, doctor Alberto Yepes Barreiro, pues así como lo indiqué en providencia previa a aquella de 27 de marzo de 2014<sup>12</sup>, con la cual la Sala decidió el recurso de apelación formulado por el accionante contra el numeral 6º de la parte resolutive del auto fechado el 23 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del numeral 2º del Decreto 1858 de 29 de agosto de 2013 expedido por el Gobierno nacional, por medio del cual se nombró "...en interinidad al doctor Alonso Hurtado Gómez, (...), como Notario Primero del Círculo de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, mientras se realiza el respectivo concurso"; con el ánimo de "respetar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales" es prudente en esa oportunidad procesal correr traslado del escrito de apelación que presentó el actor a los demandados así como al Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Sección.

Como sustento de tal decisión en ese auto fechado el 25 de febrero de 2014, expuse entre otros los siguientes argumentos: "(...)

En este punto, resulta imprescindible para el Despacho advertir que si bien la suspensión provisional solicitada

con la demanda electoral se decide en el auto admisorio y sin correr traslado de la petición, lo que significa que el demandado no tiene oportunidad de oponerse a los argumentos de la solicitud, pues por la naturaleza de esta acción electoral debe tener un trámite célere y fallarse en los términos que establece la Constitución Política en el parágrafo del artículo 264; lo cierto es que tal situación no es óbice para que se traslade el escrito de apelación durante el trámite de la segunda instancia, pues: i) el desarrollo del proceso electoral no se ve interrumpido por la apelación del auto con el que se resolvió la medida cautelar, ya que continúa ante el juez de conocimiento; ii) la demanda ha sido admitida por el juez; y, iii) los sujetos procesales, especialmente la parte demandada tiene derecho a ejercer su defensa, sea porque se trata de la autoridad que expidió el acto o porque es quien fue designado o elegido.

En vista de lo anterior, el Despacho considera primordial que durante el trámite del recurso de apelación que se ha formulado en contra del auto que decidió la solicitud de suspensión provisional del acto cuya nulidad se demanda, y a pesar de que no exista norma que así lo disponga en el CPACA, el demandado pueda intervenir para ejercer su derecho de defensa, pues de esta forma se respetan y protegen los derechos fundamentales de los sujetos procesales, incluido los del Ministerio Público que también fue notificado del auto admisorio.

Así las cosas, considera el Despacho que ante la posibilidad de apelar el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, sea que este acceda o no a ello, y por inexistencia de norma en el CPACA que se ajuste concretamente al trámite de los procesos electorales en los eventos acá analizados, es a partir de garantizar el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política que, previa decisión del recurso por la Sala de la Sección Quinta, se debe correr traslado del escrito de impugnación a la parte demandada para que ejerza su derecho de defensa.

(...)"

En tal providencia de 25 de febrero de 2014, también puse en evidencia diferencias propias del trámite de las medidas cautelares en el procedimiento ordinario y en el especial electoral, que hacían imposible aplicar las disposiciones generales para el caso de aquellas de naturaleza electoral que se adelantaran en segunda instancia. Al respecto se indicó en la decisión en cita:

"(...)

No obstante, el Despacho advierte que por la especialidad del trámite de los procesos electorales, en particular porque la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado se profiere en auto

11 Dice el artículo 234 del CPACA: "Medidas cautelares de urgencia. 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".

12 Rad. 76001233300020130131601. Actor: Óscar Rodríguez Baquero. Ddo: Notario Primero de Palmira. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

donde simultáneamente se decide la admisión de la demanda, se hace imposible que cualquiera de las normas examinadas [haciendo referencia a las relacionadas con las medidas cautelares y aquellas de los recursos ordinarios,] se ajuste por completo a la situación que ahora nos ocupa, lo que significa que, en los términos del artículo 296 del CPACA, no resultan ser compatibles con el trámite de los procesos electorales.

Lo anterior, porque de un lado la normativa que rige el trámite de las medidas cautelares no prevé la apelación como recurso en contra de la decisión con la cual se negó la petición de suspensión provisional y tampoco indica el trámite para los casos en que a tal solicitud se accedió; y del otro, porque el trámite de los recursos de apelación en contra de las decisiones judiciales susceptibles de ello, establece el traslado del escrito de impugnación antes de que el juez de primera instancia lo conceda, evento de difícil consecución en materia electoral, en la medida en que la admisión de la demanda es notificada por estado al actor y personalmente al demandado, de manera que es probable que para el momento en que, como en este caso, el apelante presentó el recurso de alzada, el accionado aún no haya sido notificado del auto con el que fue aceptada la demanda, por lo tanto, tampoco se le podría correr traslado del escrito toda vez que no ha sido vinculado formalmente al proceso.

El escenario descrito permite evidenciar la falta de claridad y el vacío normativo existente para tramitar los recursos de apelación formulados en contra de las providencias con las cuales son decididos las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos electorales.

(...)"

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para soportar mi discrepancia en cuanto a que sea puesto en conocimiento del accionado y de los demás intervinientes, en el trámite de la primera o única instancia, los argumentos que soportan la pretensión de que sea ordenada una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral demandado, pues, en síntesis, no existe norma que así lo prevea.

#### (ii) la obligatoriedad de publicar en el *Diario Oficial* los actos generales de las entidades oficiales

El fallo frente al cual aclaro mi voto, plantea frente a las Resoluciones No. 016 de 25 de Marzo de 2015 a través de la cual se efectuó la elección del actual Rector de la Universidad Nacional de Colombia y No. 108 de 16 de diciembre de 2014. Modificada por la No. 015 del 18 de marzo de 2015, "por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018" son actos, de conformidad con sus

características que tiene doble condición, de trámite y a su vez de carácter general, y que por esta última característica se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 del CPACA<sup>13</sup> con lo que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo frente a la conclusión relacionada con que la finalidad de la publicación de estos actos administrativos es que cualquier persona interesada en la elección del cargo la conociera y eventualmente participara en el procedimiento electoral aludido, y en este caso específico, aunque no fue publicado en el *Diario Oficial*, se llevó a cabo en el diario *El Tiempo*, no se dan los elementos para suspender el acto de elección, considero respetuosamente hacer las siguientes precisiones:

a. El artículo 65 del CPACA es claro y no admite interpretación diferente: los actos generales (no se distingue entre actos de trámite o definitivos) de las entidades del orden nacional no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*, sin embargo, si por fuerza mayor no es posible hacerlo se da la opción de cumplir con dicho requisito con la publicación en un medio masivo de comunicación eficaz.

b. La jurisprudencia de esta Sección ha estudiado en múltiples oportunidades el tema y ha considerado que la publicación en un medio masivo de comunicación no suplente el requisito de publicación en el *Diario Oficial*, así<sup>14</sup>:

"De otro lado, **no puede tenerse por satisfecho el requisito de la publicidad a nivel nacional con la eventual publicación que oportunamente se haga en un periódico de tal cobertura**, ya que el legislador solamente reconoce en el *Diario Oficial* la capacidad para hacer oponibles a los interesados el contenido de los actos administrativos de carácter general, sin que ello impida, como se dijo líneas arriba, que por decisión de la propia administración también se haga en los aquí denominados medios alternativos(...)"<sup>15</sup>

13 Artículo 65. 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.

14 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad.: 11001-03-28-000-2009-00005-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandado. Rector Universidad Surcolombiana. 6 de agosto de 2009. M. P. Rad. 11001-03-28-000-2010-00001-00. Demandado: Miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 8 de julio de 2010. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 11001032800020110005900. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 29 de mayo de 2014. Demandado: Rector Infotep.

15 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad.: 11001-03-28-000-2009-00005-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandado. Rector Universidad Surcolombiana. 6 de agosto de 2009. M. P.

(...)La citada evolución normativa permite a la Sala concluir lo siguiente: Que el artículo 43 del C. C. A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como "el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto", puesto que necesariamente debe hacerse por medio del *Diario Oficial*, lo cual no impide que la entidad pública, si así lo decide, además de la obligada publicación en el *Diario Oficial*, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de sus actuaciones. Que la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el *Diario Oficial*. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el *Diario Oficial*, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida. Que lo regulado en el artículo 43 del C. C. A., sobre el deber y la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es, por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume"<sup>16</sup>

c. De igual manera, esta Sección ha considerado que la falta de publicación del acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, y se constituye en requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, esto es, el posterior acto de elección, se erige en **presupuesto de validez**, así:

"Ahora, el requisito de la publicidad solamente puede catalogarse como presupuesto de eficacia frente al mismo acto, ya que en cuanto al acto administrativo de carácter particular que se expida con base en él, se erige en presupuesto de validez, en la medida que, por regla general, las decisiones administrativas deben ser puestas en conocimiento de los asociados, como parte integrante de las diferentes actuaciones administrativas. Por ello, la garantía del debido proceso, referida a la expedición regular de los actos de la administración, queda satisfecha si junto a los procedimientos legal y anteladamente previstos, se acata el importantísimo deber de hacer públicas las decisiones de carácter general que tengan incidencia directa en el acto particular con el que deba culminar esa actuación"<sup>17</sup>.

Entonces, si bien es cierto en el caso concreto no se cumplió con el requisito de publicación en el *Diario Oficial* establecido en el artículo 65 del CPACA, del acto general que da inicio al proceso eleccionario es al momento de estudiar el fondo del asunto, esto es en la sentencia, que se debe analizar si esta carencia del requisito afectó o no la validez del posterior acto de elección, ya que, tal como lo indiqué en reiteradas oportunidades, esta Sección ha señalado que, con la publicación en otro medio, no puede tenerse por satisfecho el requisito y el acto de carácter particular que se expida con fundamento en un acto general que no ha sido publicado en el *Diario Oficial* no es válido.

En estos términos aclaro mi voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2010-00001-00. Demandado: Miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 8 de julio de 2010. M. P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2010-00006-00, Contra: Rector Universidad Popular del Cesar, M. P. Hernández Pinzón. Sent. del 7 de marzo de 2011.

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que negó la solicitud de declaratoria de terminación del proceso por abandono/ NOTIFICACIÓN - Auto admisorio de la demanda/AUTO ADMISORIO - Se debe notificar a la autoridad que intervino en la producción del acto que se acusa/PARTIDO POLÍTICO - No es una autoridad**

El fundamento del recurso de súplica parte de la base de que el Partido de la U es una autoridad que intervino en la producción del acto que se acusa y que, por tanto, ha debido ser notificado de la admisión de la demanda electoral que dio origen al *sub judice* porque así lo impone el numeral 2 del artículo 277 del CPACA. También afirma el recurrente que lo anterior trae como consecuencia obligada que la falta de publicación del aviso respectivo impone decretar el abandono del proceso y de contera su terminación. Pues bien, en efecto, el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, establece el deber de notificar personalmente las demandas de nulidad electoral, sin distinguir si se trata de procesos objetivos o subjetivos, a la autoridad “que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en este Código”.

Si bien lo anterior es cierto, el yerro del recurrente se genera cuando asume que el Partido de la U encaja dentro del concepto de “autoridad” a que se refiere el numeral 2º del artículo 277 del CPACA. (...) Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.

Pues bien, los términos de dicha definición imponen excluir del concepto de “autoridad” a los partidos políticos puesto que por su naturaleza aquellos: i) no conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, ii) tampoco son órganos autónomos e independientes del Estado y iii) menos aún, encajan dentro de la definición de particulares en ejercicio de funciones administrativas. (...) los partidos políticos “no son entidades públicas, dado que no hacen parte de la estructura del Estado, ni son sociedades, corporaciones o fundaciones privadas. Y no pueden asimilarse los partidos políticos a las personas jurídicas de derecho privado, como pretende el demandante, pues estas tienen objetivos diferentes, que no son políticos como el de los partidos, además, la normatividad que los gobierna a unos y a otros es distinta.

En ese orden, como lo ha dicho también la jurisprudencia de esta Corporación, las funciones que cumplen las directivas de los partidos, son políticas no privadas; luego el desempeño de tales dignidades no puede calificarse de carácter privado sino de carácter político”.

En suma, no era menester notificar personalmente de la admisión de la demanda al Partido de la U, bajo los parámetros de la norma objeto de análisis, puesto que dicha colectividad no se constituye como una “autoridad” que hubiese expedido el acto ni tampoco como una que intervino en su adopción, pues como se explicó, dista de ser una “autoridad”, lo que de suyo excluye, respecto de ella, la aplicación del numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

Por su parte, al asunto tampoco es aplicable lo dispuesto en el literal e) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA. En efecto, como lo advirtió la providencia suplicada, de la redacción del aludido numeral, se desprende que la notificación a los partidos y movimientos políticos y a los grupos significativos de ciudadanos mediante aviso 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.

Pero como se sabe, en la demanda que dio origen a este proceso 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.

En otras palabras, este proceso fue planteado con fundamento en causales “subjetivas” y, por tanto, no era menester dar aplicación a lo dispuesto en el literal e) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

Corolario de lo anterior es que al Partido de la U no ha debido vinculársele a este proceso ni por virtud del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, ni tampoco por lo dispuesto en el literal e), del numeral 1 del mismo artículo.

No aplica la primera de las normas porque a dicha colectividad no puede considerársele válidamente como una autoridad y, tampoco aplica la segunda de ellas, por cuanto se está en presencia de un proceso electoral de tipo subjetivo y no objetivo.

Así las cosas, es evidente que con el auto admisorio de la demanda se estructuró una irregularidad que debía corregirse, como en efecto se hizo por parte de la Magistrada Ponente.

Entonces, al haberse afectado el trámite procesal legalmente establecido para este tipo de demandas, fue lo correcto 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 desarrollaron con base en dichas órdenes.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 1 literal e)/Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 2

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., cinco (5) de junio de dos mil quince (2015)

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

Actor: Pablo Bustos Sánchez

Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica que interpuso el apoderado del Congreso de la República, contra el auto del 17 de abril de 2015, proferido por la consejera conductora de este proceso, auto que declaró *"la nulidad del numeral 3º de la parte resolutive del auto admisorio del 27 de noviembre de 2014 y el auto del 16 de febrero de 2015, por el cual se requirió a la parte demandante para que informara y, si fuese del caso, allegara las respectivas publicaciones de conformidad con el numeral 1º, literal g) del artículo 277 del CPACA, así como las actuaciones secretariales que se hicieron con base en esas órdenes"* y, como consecuencia de ello, negó la solicitud de declaratoria de terminación del proceso por abandono, que había elevado el apoderado judicial del Congreso de la República, para este proceso.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La demanda y su trámite

El señor Pablo Bustos Sánchez, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declarara la nulidad de la elección del señor Alexander Vega Rocha como magistrado del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018.

Mediante auto del 27 de noviembre de 2014, se admitió la demanda y se negó la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado. En esa providencia, entre otras cosas, en el numeral 3 se ordenó su notificación al Partido de Unidad Nacional - Partido de la U, en los términos *"del numeral 1º, literal e) del artículo 277 del CPACA"*.

Con informe de febrero 2 de 2015, que figura a folios 237-239 del expediente, el Secretario de la Sección Quinta puso de presente, entre otros aspectos, que *"...en cuanto a la notificación al Partido de Unidad Nacional se elaboró el Aviso No. 2014-0032 (folio 163). La parte demandante no ha aportado la publicación de los diarios en la prensa, no obstante, haber retirado los avisos de conformidad con la constancia visible a folio 75"*.

Por auto del 16 de febrero de 2015 obrante a folio 243, la conductora del proceso pidió a la Secretaría requerir a la parte demandante para que informara y, si fuese del caso, allegara las

respectivas publicaciones de conformidad con el numeral 1º, literal g) del artículo 277 del CPACA.

Según comunicación que obra a folio 253, el Secretario de la Sección Quinta por correo electrónico puso en conocimiento el anterior auto de trámite al Congreso de la República. Le hizo saber que se había generado un estado que se podía consultar en la página web del Consejo de Estado.

Así enterado de ello, en escrito del 3 de marzo de 2015 (folio 259), el apoderado judicial del Congreso de la República pidió que atendiendo a los numerales c), e) y g) del numeral primero del artículo 277 del CPACA y, en especial, a lo que se ordenó en el numeral 3 del auto admisorio de la demanda y a lo dispuesto en el auto del 16 de febrero de 2015, fuera declarado terminado el proceso por abandono y se ordenara su respectivo archivo.

Lo anterior debido a que habiendo sido ordenada la notificación por aviso al Partido de Unidad Nacional del auto admisorio de la demanda y habiendo el demandante retirado para el efecto el respectivo aviso (como consta en el expediente), este no había cumplido con tal requisito a las voces del literal g) del numeral 1 del artículo 277, no obstante haber sido requerido para el efecto en el auto del 16 de febrero de 2015.

A folio 256 aparece la comunicación de 23 de febrero de 2015, que el Secretario de la Sección Quinta dirigió al demandante, Pablo Bustos Sánchez, Coordinador Internacional de Veedores Sin Fronteras y cofundador y actual presidente de Red Ver - Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia (calidad con la que se presenta al proceso), poniéndole en conocimiento el contenido del auto del 16 de febrero de 2015 de la Consejera conductora del proceso, en el sentido de que informara y, si fuere del caso, allegara las publicaciones requeridas de conformidad con el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

Según informe secretarial que obra a folio 257, fechado 27 de febrero de 2015, esta comunicación fue recibida por el demandante el día 23 del mismo mes y año, sin que de parte del mismo, señala el Secretario, a la fecha se hubiere recibido respuesta alguna.

### 1.2. El auto suplicado

Por auto del 17 de abril del año en curso (folios 260-264), la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Magistrada conductora de este proceso, resolvió la solicitud del señor apoderado judicial del Congreso de la República acerca de decretar la terminación del proceso por abandono, ante el incumplimiento del demandante de publicar el aviso para notificar al Partido de la U.

En dicha providencia decidió dejar sin efectos el *"numeral 3 de la parte resolutive de su auto admisorio del 27 de noviembre de 2014"*, por considerar que el referido auto contenía una irregularidad que debía corregirse, puesto que al estar fundada la demanda en causales de naturaleza subjetiva endilgadas al

demandado, la notificación del auto admisorio debió surtirse conforme con el numeral 1, literal a) del artículo 277 del CPACA, es decir, personalmente al demandado, tal y como, en efecto, se hizo el día 9 de diciembre de 2014, razón por la cual no fue necesario acudir a notificarlo por aviso.

De lo anterior deriva que, en consecuencia, los literales d) y e) del mencionado artículo 277, no resultan aplicables, por lo cual tampoco se requería ordenar notificar al Partido de la U de la admisión de la demanda.

Que como fue ello lo que generó la entrega del aviso y el requerimiento al demandante para que acreditara la notificación a este partido político, se afectó el trámite procesal legalmente establecido para esta clase de demandas, situación que imponía dejar sin efecto las decisiones antes mencionadas, esto es, el auto admisorio de la demanda en el numeral que ordenó notificar al Partido de Unidad Nacional y el auto que pidió al Secretario requerir al demandante para que informara sobre la publicación de los respectivos avisos.

Concluyó sosteniendo que esta medida ocasionaba negar la solicitud de terminación del proceso por abandono, **puesto que los errores del juez no podían extenderse a las partes.**

### 1.3. Del recurso de súplica

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del Congreso la suplicó.

Alegó que el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, que dispone que se notifique personalmente del auto admisorio de la demanda a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en la elección, no distingue entre si las causales que sustentan la demanda son de naturaleza subjetiva u objetiva.

Que los partidos políticos como postulantes de los candidatos para ser magistrados del Consejo Nacional Electoral, deben ser entonces notificados personalmente del auto admisorio de la demanda, por haber intervenido en la elección en tal calidad.

Que en el caso del demandado, el postulante fue el Partido de Unidad Nacional - Partido de la U. Que no obstante, por incurria de la parte actora, no se acreditó la publicación de los avisos en los periódicos de amplia circulación para notificarlo del auto admisorio de la demanda. Que ni siquiera ante la concesión de un término adicional para comprobarlo, el actor se manifestó de forma alguna.

A su juicio, tal situación produjo que a este partido político se le afectara el debido proceso al que tiene derecho, por discutirse la legalidad del acto de elección, derecho que se le genera a partir de la postulación que efectuó el demandado.

Precisa que la concurrencia del partido político postulante en el contencioso electoral, no se presenta en calidad de demandado sino de interviniente, motivo por el cual su notificación es

independiente de la del demandado, que es el elegido, pues se trata de actuaciones que responden a situaciones procesales diferentes y autónomas.

En suma, el recurrente parte de la base de que: i) el Partido de la U es una autoridad que intervino en la producción del acto que se acusa y que, por tanto, ii) ha debido ser notificado de la existencia del proceso porque así lo impone el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, por lo que, a su juicio, iii) la falta de publicación del aviso respectivo impone decretar el abandono del proceso y de contera su terminación.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso de la referencia de conformidad con los artículos 243 y 246 del CPACA, pues ataca una providencia dictada dentro de un proceso de única instancia, que en la medida en que decretó una nulidad procesal sería apelable, si el asunto se decidiera en dos instancias.

### 2.2. Asunto objeto de estudio

La Sala anticipa que confirmará el auto del 17 de abril de 2015. Sustentan esta determinación los siguientes razonamientos:

Como se explicó, el fundamento del recurso de súplica parte de la base de que el Partido de la U es una autoridad que intervino en la producción del acto que se acusa y que, por tanto, ha debido ser notificado de la admisión de la demanda electoral que dio origen al *sub judice* porque así lo impone el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

También afirma el recurrente que lo anterior trae como consecuencia obligada que la falta de publicación del aviso respectivo impone decretar el abandono del proceso y de contera su terminación.

#### 2.2.1. De la no aplicación, respecto del Partido de la U, del numeral 2 del artículo 277 del CPACA

Pues bien, en efecto, la norma en comento, *i.e.* el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, establece el deber de notificar personalmente las demandas de nulidad electoral, sin distinguir si se trata de procesos objetivos o subjetivos, a **la autoridad “que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en este Código”**.

Si bien lo anterior es cierto, **el yerro del recurrente se genera cuando asume que el Partido de la U encaja dentro del concepto de “autoridad” a que se refiere el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.**

1 Ley 1437 de 2011, artículo 277.

Nótese que la primera parte de esa misma normativa, que es la que regula la forma de expedición de actos administrativos por parte de las diferentes "autoridades", es decir, el procedimiento administrativo, explica en el fragmento relevante de su artículo segundo que debe entenderse por "autoridades" **todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.**

Veamos: "Artículo 2º. **Ámbito de aplicación.** Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades".

Pues bien, los términos de dicha definición imponen excluir del concepto de "autoridad" a los partidos políticos puesto que por su naturaleza aquellos: i) no conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, ii) tampoco son órganos autónomos e independientes del Estado y iii) menos aún, encajan dentro de la definición de particulares en ejercicio de **funciones administrativas**.

Esta Sala Electoral ha explicado respecto de la naturaleza de los Partidos Políticos aquellos se constituyen como "organizaciones que libremente conforman los ciudadanos con el propósito de canalizar su participación en el ejercicio del poder del Estado, a partir de afiliarse a ese colectivo, a fin de traducir y desarrollar el ideario y los programas de gobierno que se acuerdan a título Institucional. El artículo 107 Superior determina que se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar organizaciones y a desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos. El artículo 40 *ibidem* reconoce a todos los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través de las siguientes actuaciones: elegir y ser elegido; tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación ciudadana; **constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, así como también, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.** El partido político se caracteriza por su vocación de organización estable y permanente. *Proyecta su ideología a través de la construcción de programas de gobierno que traduzcan su ideario sobre los fines del ejercicio del poder, y a partir de las orientaciones que transmiten a sus avalados para que atienden a la filosofía que funda su existencia, en la realización de los objetivos que la identifican. Su razón de ser es la conquista y el ejercicio de las potestades públicas, para lo cual debe tener un apoyo popular significativo*"<sup>2</sup>. (Negrillas de la Sala).

Es por ello que los partidos políticos "no son entidades públicas, dado que no hacen parte de la estructura del Estado, ni son sociedades, corporaciones o fundaciones privadas de que tratan los títulos XXXVI del libro primero y XXVII del libro cuarto del Código Civil y el libro segundo del Código de Comercio, modificado por la ley 222 de 1995. Y no pueden asimilarse los partidos políticos a las personas jurídicas de derecho privado, como pretende el demandante, pues estas tienen objetivos diferentes, que no son políticos como el de los partidos, además, la normatividad que los gobierna a unos y a otros es distinta. En ese orden, como lo ha dicho también la jurisprudencia de esta Corporación, **las funciones que cumplen las directivas de los partidos, son políticas no privadas; luego el desempeño de tales dignidades no puede calificarse de carácter privado sino de carácter político**"<sup>3</sup>.

En suma, no era menester notificar personalmente de la admisión de la demanda al Partido de la U, bajo los parámetros de la norma objeto de análisis, puesto que dicha colectividad no se constituye como una "autoridad" que hubiese expedido el acto ni tampoco como una que intervino en su adopción, pues como se explicó, dista de ser una "autoridad", lo que de suyo excluye, respecto de ella, la aplicación del numeral 2 del artículo 277 del CPACA.

#### 2.2.2. De la no aplicación, respecto del Partido de la U, del literal e) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA

Por su parte, al asunto tampoco es aplicable lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

En efecto, como lo advirtió la providencia suplicada, de la redacción del aludido numeral, se desprende que la notificación a los partidos y movimientos políticos y a los grupos significativos de ciudadanos mediante aviso *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.

Pero como se sabe, en la demanda que dio origen a este proceso 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.

En otras palabras, este proceso fue planteado con fundamento en causales "subjetivas" y, por tanto, no era menester dar aplicación a lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013). C. P. Susana Buitrago Valencia. Radicación Número: 11001-03-28-000-2010-00027-00.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del veinte (20) de enero de dos mil cuatro (2004). C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación Número: 11001-03-15-000-2003-1159-01(P).

### 2.2.3. Conclusión

Corolario de lo anterior es que al Partido de la U no ha debido vincularse a este proceso ni por virtud del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, ni tampoco por lo dispuesto en el literal e), del numeral 1 del mismo artículo.

No aplica la primera de las normas porque a dicha colectividad no puede considerarse válidamente como una autoridad y, tampoco aplica la segunda de ellas, por cuanto se está en presencia de un proceso electoral de tipo subjetivo y no objetivo.

Así las cosas, es evidente que con el auto admisorio de la demanda se estructuró una irregularidad que debía corregirse, como en efecto se hizo por parte de la Magistrada Ponente.

Entonces, al haberse afectado el trámite procesal legalmente establecido para este tipo de demandas, fue lo correcto 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 desarrollaron con base en dichas órdenes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

### III. RESUELVE

**Primero. Confirmar** el auto del 17 de abril de 2015, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** Ejecutoriada esta providencia **regresar** el expediente al Despacho Ponente.

**Tercero. Advertir** a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno en los términos del artículo 246 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado  
**Jaime Córdoba Triviño**  
Conjuez

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL  
- La demanda debe dirigirse contra el acto definitivo de llamamiento a ocupar la curul/  
MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL  
- Inadmisión de la demanda**

Los demandantes solicitaron que se declare la nulidad de: i) el Oficio S.G. 2-1285.15 mediante el cual se hizo el llamado a tomar posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes al señor Gustavo Rosado Aragón; ii) el Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado; y iii) "todos los actos y decisiones que se tomaron o hayan tomado con dicha posesión".

En efecto, se evidencia que respecto del Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado y "todos los actos y decisiones que se tomaron o hayan tomado con dicha posesión" su estudio escapa objeto de la nulidad electoral contemplada en el artículo 139 del CPACA, pues recuérdese que según dicha disposición:

"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 (...). Así las cosas y comoquiera que ni el acta de posesión del demandado como Representante a la Cámara, ni los demás actos dictados con ocasión de dicha posesión son actos de elección, nombramiento o llamamientos a proveer vacantes en corporación pública, no se puede examinar la legalidad de aquellos a través del medio de control de nulidad electoral, máxime cuando son de ejecución.

En suma, se requiere que la demanda se corrija para que se dirija, únicamente, contra el acto definitivo de llamamiento al demandado a ocupar la vacante como Representante a la Cámara de Representantes.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 139

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se debe formular los cargos de conformidad con las causales de nulidad electoral y se debe desarrollar el concepto de violación/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Inadmisión de la demanda**

Una vez determinado el acto demandado y ajustadas las pretensiones, los demandantes deberán aclarar los hechos, y explicar de manera clara el concepto de la violación. Los actores, hacen énfasis en que el demandado presentó acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando el amparo del derecho al trabajo y a la igualdad, y en consecuencia, que se ordenara su posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes, para lo cual allegó un fallo de tutela de la Sala de Conjuces del Consejo

Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria que afirman nunca existió por cuanto no fue discutido en Sala y menos, aprobado.

Sin embargo, este Despacho advierte que no resulta claro: i) qué incidencia tuvo ese proyecto de fallo en la decisión de tutela del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que no se explicó en qué consistió el debate jurídico en uno y otro caso; ii) de qué manera la anterior situación vicia la legalidad del acto de llamamiento demandado.

Por otro lado, los actores sostienen en los hechos, que la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue impugnada por ellos y a su vez, promovieron incidente de nulidad contra la misma, por cuanto no se les vinculó al trámite de esa acción de tutela como terceros interesados, pero: i) no explicaron el resultado de dichas actuaciones, ni su estado actual: y, ii) tampoco argumentaron las razones de derecho que sustentan la causal de anulación escogida.

Finalmente, los demandantes alegaron que el acto cuestionado vulneró los artículos 25 y 119 de los Estatutos del Partido Liberal Colombiano, pero, ni de los hechos, ni del concepto de la violación se infiere de qué manera estas normas fueron transgredidas con el acto de llamamiento del demandado.

En suma, los accionantes deberán: i) adecuar las pretensiones de su demanda respecto del acto demandado; ii) explicar de manera clara, profunda y detallada los hechos para poder determinar el alcance de las irregularidades alegadas; y iii) formular cargos de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, según el caso, y tendrá que desarrollar el concepto de la violación tal y como lo exige el numeral 4 del artículo 162 del CPACA.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 137/Ley 1437 de 2011 - artículo 275/Ley 1437 de 2011 - artículo 162 numeral 4

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., once (11) de junio de dos mil quince (2015)

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

Hallándose el proceso de la referencia para resolver sobre la admisión de la demanda, se observa:

## I. ANTECEDENTES

En demanda presentada el 1° de junio de 2015 ante la Secretaría de la SECCIÓN QUINTA del Consejo de Estado y recibida por este Despacho el 3 de junio del año en curso, los señores Saúl Villar Jiménez y Heriberto Arrechea Banguera solicitaron que se declare la nulidad de: i) el Oficio S.G. 2-1285.15 mediante el cual se hizo el llamado a tomar posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes al señor Gustavo Rosado Aragón; ii) el Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado; y iii) “*todos los actos y decisiones que se tomaron o hayan tomado con dicha posesión*”.

Los demandantes alegaron como hechos relevantes los siguientes:

- El señor Gustavo Rosado Aragón, presentó acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando el amparo del derecho al trabajo y a la igualdad, y en consecuencia, que se ordenara su posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes.
- A juicio de los actores, el señor Gustavo Rosado Aragón aportó -sin indicar a dónde allegó tal documento- un fallo de tutela de la Sala de Conjueces del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria que afirman nunca existió.
- Los accionantes señalan que “*el supuesto fallo de tutela con el cual se señor Gustavo Rosado Aragón, logró que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, le concediera el amparo y le tutelaran los derechos presuntamente violados y le ordenara a la mesa directiva de la Cámara de Representantes darle posesión como Representante a la Cámara al señor Rosado, nunca existió o mejor, nunca fue fallado, tal como en su oportunidad le dio a conocer en los diferentes medios de comunicación la presidenta de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Doctora María Mercedes López Mora y que lo certificara la Secretaría Judicial de dicho Tribunal Doctora Yira Lucía Olarte Ávila*”.
- Afirman que “*a pesar de no existir fallo alguno, toda vez que lo único que existía era un proyecto de fallo que jamás fue discutido en Sala de Conjueces, ni mucho menos fallado por la misma Sala, la Sala de tutela del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide tutelar los supuestos que según el actor le estaban siendo vulnerados por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes*”.
- La anterior decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según dicen los demandantes, fue impugnada por ellos y a su vez, promovieron incidente de nulidad contra la misma, por cuanto no se les vinculó al trámite de esa acción de tutela como terceros interesados.

Los actores consideran que los hechos expuestos acreditan que los actos demandados se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse, de conformidad con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, CPACA esto es, los artículos 25 y 119 de los Estatutos del Partido Liberal colombiano.

Lo anterior, por cuanto:

*“... el llamamiento que hizo la Mesa Directiva al Señor Gustavo Rosado Aragón para que ocupara una curul que se encuentra pendiente de una decisión judicial, así como el Acta de Posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes o Afrodescendientes es por lo que procede la acción de simple nulidad.*

*Comoquiera que el supuesto fallo de tutela que aportó como prueba el Señor Gustavo Rosado Aragón para que la Sala de Tutela del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sic) nunca existió y por lo tanto nunca se le violaron derechos fundamentales algunos, a dicho ciudadano, y que el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que con ponencia del Magistrado Felipe Alirio Solarte Amaya donde se le tutelan derechos fundamentales al señor Rosado Aragón tuvieron sustento en documentos falsos, es que consideramos que esa alta corporación de lo contencioso administrativo debe anular los actos administrativos aquí demandados”.*

Adicionalmente, sin desarrollo alguno, citaron la sentencia que la Corte Constitucional dictó en el expediente T-2.666.202, relacionada con la existencia de nulidad de las acciones de tutela dictadas sin la vinculación de quienes pudieran tener interés directo en el resultado de la acción.

Igualmente, pidieron la suspensión provisional de los actos demandados porque “*está objetivamente demostrado con las normas constitucionales y legales citadas y explicado en la relación de los hechos u omisiones y el concepto de la violación... la contradicción entre los actos impugnados y los preceptos vigentes de la Ley 1437 de 2011*”.

Agregaron que “*la violación es manifiesta por desacato a una acción de tutela que se encuentra vigente y que ordenó dejar sin efectos jurídicos el acto de declaratoria de elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción especial de las Negritudes o afrodescendientes y que el fallo de tutela que amparó los derechos del señor Gustavo Rosado Aragón que con ponencia del Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya, tuvieron sustento en documentos falsos, es que consideramos que se debe decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos aquí demandados*”.

## II. CONSIDERACIONES

El Despacho observa que la demanda presentada por los señores Gustavo Rosado Aragón y Heriberto Arrechea Banguera

adolece de varios errores que es necesario corregir antes de proceder a su admisión. Veamos:

### 1. Actos demandados

Los demandantes solicitaron que se declare la nulidad de: i) el Oficio S.G. 2-1285.15 mediante el cual se hizo el llamado a tomar posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes al señor Gustavo Rosado Aragón; ii) el Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado; y iii) "*todos los actos y decisiones que se tomaron o bayan tomado con dicha posesión*".

En efecto, se evidencia que respecto del Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado y "*todos los actos y decisiones que se tomaron o bayan tomado con dicha posesión*" su estudio escapa objeto de la nulidad electoral contemplada en el artículo 139 del CPACA, pues recuérdese que según dicha disposición:

*"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".* (Subraya la Sala).

Así las cosas y comoquiera que ni el acta de posesión del demandado como Representante a la Cámara, ni los demás actos dictados con ocasión de dicha posesión son actos de elección, nombramiento o llamamientos a proveer vacantes en corporación públicas, no se puede examinar la legalidad de aquellos a través del medio de control de nulidad electoral, máxime cuando son de ejecución.

En suma, se requiere que la demanda se corrija para que se dirija, únicamente, contra el acto definitivo de llamamiento al demandado a ocupar la vacante como Representante a la Cámara de Representantes.

## 2. De las formalidades de la demanda

### 2.1. Sobre los hechos y el concepto de violación

Una vez determinado el acto demandado y ajustadas las pretensiones, los demandantes deberán aclarar los hechos, y explicar de manera clara el concepto de la violación.

Los actores, hacen énfasis en que el demandado presentó acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando el amparo del derecho al trabajo y a la igualdad, y en consecuencia, que se ordenara su posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Negritudes, para lo cual allegó un fallo de tutela de la Sala de Conjuces del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria que afirman **nunca existió** por cuanto no fue discutido en Sala y menos, aprobado.

Sin embargo, este Despacho advierte que no resulta claro: i) qué incidencia tuvo ese proyecto de fallo en la decisión de tutela del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que no se explicó en qué consistió el debate jurídico en uno y otro caso; ii) de qué manera la anterior situación vicia la legalidad del acto de llamamiento demandado.

Por otro lado, los actores sostienen en los hechos, que la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue impugnada por ellos y a su vez, promovieron incidente de nulidad contra la misma, por cuanto no se les vinculó al trámite de esa acción de tutela como terceros interesados, pero: i) no explicaron el resultado de dichas actuaciones, ni su estado actual: y, ii) tampoco argumentaron las razones de derecho que sustentan la causal de anulación escogida.

Finalmente, los demandantes alegaron que el acto cuestionado vulneró los artículos 25 y 119 de los Estatutos del Partido Liberal Colombiano, pero, ni de los hechos, ni del concepto de la violación se infiere de qué manera estas normas fueron transgredidas con el acto de llamamiento del demandado.

En suma, los accionantes deberán: i) adecuar las pretensiones de su demanda respecto del acto demandado; ii) explicar de manera clara, profunda y detallada los hechos para poder determinar el alcance de las irregularidades alegadas; y iii) formular cargos de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, según el caso, y tendrá que desarrollar el concepto de la violación tal y como lo exige el numeral 4º del artículo 162 del CPACA.

### 2.3 Sobre los anexos de la demanda

Los demandantes deberán cerciorarse que con la corrección de la demanda se aporte, respecto del acto demandado "*las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso*". Tal como lo exige el numeral 1º del artículo 166 del CPACA.

En consecuencia, se impone que los accionantes anexen copia de

los actos acusados con la respectiva constancia de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso.

## **2.5 Inadmisión de la demanda**

Expuestas las circunstancias formales y sustanciales que impiden la admisión de la demanda, se precisa por parte del demandante efectuar la corrección de los defectos anotados conforme lo expuesto en precedencia.

En las condiciones analizadas, conforme al artículo 276 del CPACA, se inadmitirá la demanda y se otorgará a los señores Villar Jiménez y Arrechea Banguera, so pena de rechazo, un término de tres (03) días para que la corrija.

Respecto de la medida cautelar solicitada, a la misma se le dará el trámite que corresponda en la oportunidad procesal pertinente, como lo señala el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo expuesto, se

## **III. RESUELVE**

**Inadmitir** la demanda presentada los señores **Saúl Villar Jiménez** y **Heriberto Arrechea Banguera**.

**Conceder**, so pena de rechazo, tres (03) días, para efecto de que se corrija la demanda en la forma expresada en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -  
Rechazo de la demanda por no subsanar**

Con auto de 11 de junio de 2015 se inadmitió la demanda por acusar defectos, como: i) la inadecuada formulación de las pretensiones de la demanda respecto del acto demandado; ii) la falta de explicación de manera clara, profunda y detallada los hechos para poder determinar el alcance de las irregularidades alegadas; y iii) la indebida presentación de los cargos de la demanda, de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, así como el desarrollo del concepto de violación tal y como lo exige el numeral 4 del artículo 162 del CPACA.

El auto anterior se notificó por estado el 17 de junio de 2015 y mediante comunicación electrónica a los sujetos procesales. El término de tres días para corregir la demanda, según constancia visible a folio 120, transcurrió entre el 18 al 22 de junio de 2015. Y, según informe secretarial de la fecha (fl. 121), en dicho término se "guardó silencio". Así las cosas, y como quiera que la parte accionante no subsanó la demanda según se lo indicó este Despacho con auto de 11 de los corrientes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 276<sup>1</sup> del CPACA se rechazará y se ordenará la devolución de la misma, junto con sus anexos sin necesidad de desglose.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015)

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

El Despacho, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 276 del CPACA, rechazará la demanda de la referencia, previas las siguientes,

1 Esta disposición consagra:  
"Artículo 276. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.  
El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante. Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.  
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". (Se imponen negrillas)

**CONSIDERACIONES**

Los señores Saúl Villar Jiménez y Heriberto Arrechea Banguer presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el 1° de junio de 2015 ante la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado y recibida por este Despacho el 3 de junio del año en curso, en donde solicitaron que se declare la nulidad de:

- i) El Oficio S.G. 2-1285.15 mediante el cual se hizo el llamado a tomar posesión como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes al señor Gustavo Rosado Aragón;
- ii) El Acta de posesión del 25 de mayo de 2015 del demandado; y
- iii) "[T]odos los actos y decisiones que se tomaron o bayan tomado con dicha posesión".

Con auto de 11 de junio de 2015 se inadmitió la demanda por acusar defectos, como: i) la inadecuada formulación de las pretensiones de la demanda respecto del acto demandado; ii) la falta de explicación de manera clara, profunda y detallada los hechos para poder determinar el alcance de las irregularidades alegadas; y iii) la indebida presentación de los cargos de la demanda, de conformidad con las causales de nulidad contempladas en los artículos 137 o 275 del CPACA, así como el desarrollo del concepto de violación tal y como lo exige el numeral 4° del artículo 162 del CPACA.

El auto anterior se notificó por estado el 17 de junio de 2015 y mediante comunicación electrónica a los sujetos procesales. El término de tres días para corregir la demanda, según constancia visible a folio 120, transcurrió entre el 18 al 22 de junio de 2015. Y, según informe secretarial de la fecha (fl. 121), en dicho término se "guardó silencio".

Así las cosas, y como quiera que la parte accionante no subsanó la demanda según se lo indicó este Despacho con auto de 11 de los corrientes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 276<sup>2</sup> del CPACA se rechazará y se ordenará la devolución de la misma, junto con sus anexos sin necesidad de desglose.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

2 Esta disposición consagra:  
"Artículo 276. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.  
El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante. Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.  
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". (Se imponen negrillas)

**RESUELVE**

Primero. **Rechazar** la demanda de Nulidad Electoral No. 11001-03-28-000-2015-00013-00, promovida por los señores Saúl Villar Jiménez y Heriberto Arrechea Banguer contra la elección del señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes.

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.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**RECURSO DE APELACIÓN - Auto que negó la suspensión provisional/RECURSO DE APELACIÓN - Se inadmite por extemporaneidad**

El despacho se pronuncia respecto de la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, contra el auto del 8 de abril de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Arauca, en el que dicha Corporación: (i) admitió la demanda de nulidad electoral en contra del Decreto No. 155 del 20 de abril de 2012, por medio del cual se efectuó el nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director de la ESE San Vicente de Arauca; y (ii) negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado por considerar que, en el caso concreto, y de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, no se materializaban los parámetros necesarios para la procedencia de la medida. (...) el auto recurrido fue notificado por estado electrónico del 9 de abril de 2015 y adicionalmente, ese mismo día se le comunicó a través de mensaje de datos a la entidad territorial demandante.

Por otra parte, el término de ejecutoria de la decisión de suspensión provisional es de tres (3) días, término que comenzó a correr el 10 de abril de 2015 y que venció el 14 de abril del mismo año dado que, como se expuso, la notificación por estado de dicha decisión se surtió el 9 de abril de 2015.

Por lo anterior, se hace evidente que en el caso bajo examen, el actor apeló la decisión de suspensión provisional fuera del tiempo previsto por la ley, toda vez que presentó el recurso el 15 de abril de 2015 y el término para su interposición había vencido ya el día 14 del mismo mes y año. Se advierte que a pesar de que la Coordinadora del Área Jurídica del Despacho del Gobernador de Arauca confirió poder al apoderado del proceso de la referencia el 10 de abril de 2015, esto es, dentro del término de ejecutoria del auto recurrido, lo cierto es que la fecha en la que efectivamente se radicó el recurso de apelación en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Arauca fue el 15 de abril de 2015, momento en el que, se reitera, se encontraba vencido el término de ejecutoria de la providencia apelada.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 244

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., primero (1°) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-03

Actor: Departamento de Arauca

Demandado: Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Arauca

**I. ANTECEDENTES**

El despacho<sup>1</sup> se pronuncia respecto de la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, contra el auto del 8 de abril de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Arauca, en el que dicha Corporación: (i) admitió la demanda de nulidad electoral en contra del Decreto No. 155 del 20 de abril de 2012, por medio del cual se efectuó el nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director de la ESE San Vicente de Arauca; y (ii) negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado por considerar que, en el caso concreto, y de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, no se materializaban los parámetros necesarios para la procedencia de la medida.

La anterior providencia fue notificada mediante estado electrónico del 9 de abril de 2015 y adicionalmente, ese mismo día se le comunicó a través de mensaje de datos a la entidad territorial demandante a la dirección electrónica jurídica@arauca.gov.co.<sup>2</sup>

Con ocasión de dicha providencia, el 15 de abril de 2015, el apoderado de la parte demandante radicó escrito de apelación en la secretaría del Tribunal<sup>3</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Arauca mediante auto de 27 de mayo de 2015, en consideración a que el escrito había sido "interpuesto y sustentado dentro del término oportuno" concedió en el efecto devolutivo ante la Sección Quinta del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por el accionante.

**II. CONSIDERACIONES**

El inciso final del numeral sexto del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma especial electoral, dispone:

*"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 del Despacho).

1 El auto que decide inadmitir por extemporáneo el recurso ordinario de apelación, sin entrar a resolverlo de fondo, corresponde a una providencia interlocutoria que en los términos del artículo 125 del CPACA, debe ser dictada por el Consejero Ponente. Cfr. En el mismo sentido Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P.: Alberto Yepes Barreiro. 23 de febrero de 2012. Radicación No.: 7600123310002011-01779-01. Actor: Moisés Orozco Vieuña. Demandado: Fernando David Murgueitio Cárdenas - Alcalde del municipio de Yumbo (Valle). Electoral. Auto.

2 De conformidad con el Oficio No. 0899 del Tribunal Administrativo de Arauca, en el que certificó la fecha exacta de notificación del demandante. Folios 184 y 185 del expediente.

3 Folio 165 del expediente.

En relación con la oportunidad para interponer el recurso de apelación, como la normativa procesal electoral no establece regulación específica es menester, en virtud de lo dispuesto por el artículo 296 del CPACA, dar aplicación al artículo 244 *ibidem* consagra lo siguiente:

**“Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:**

*1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.*

*2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.*

*3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.*

*4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso”. (Negrillas del Despacho).*

De los anteriores enunciados normativos se concluye que el sujeto procesal que pretenda apelar la decisión contenida en el auto que resuelve sobre una medida cautelar en el proceso electoral, cuenta para el efecto, con un término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la **notificación** de dicha decisión.

Pues bien, como se indicó en precedencia, el auto recurrido fue notificado por estado electrónico del 9 de abril de 2015 y adicionalmente, ese mismo día se le comunicó a través de mensaje de datos a la entidad territorial demandante.

Por otra parte, el término de ejecutoria de la decisión de suspensión provisional es de tres (3) días, término que comenzó a correr el 10 de abril de 2015 y que venció el 14 de abril del mismo año dado que, como se expuso, la notificación por estado de dicha decisión se surtió el 9 de abril de 2015.

Por lo anterior, se hace evidente que en el caso bajo examen, el actor apeló la decisión de suspensión provisional fuera del tiempo previsto por la ley, toda vez que presentó el recurso el 15 de abril de 2015 y el término para su interposición había vencido ya el día 14 del mismo mes y año.

Se advierte que a pesar de que la Coordinadora del Área Jurídica del Despacho del Gobernador de Arauca confirió poder al apoderado del proceso de la referencia<sup>4</sup> el 10 de abril de 2015<sup>5</sup>, esto es, dentro del término de ejecutoria del auto recurrido, lo cierto es que la fecha en la que efectivamente se radicó el recurso de apelación en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Arauca fue el 15 de abril de 2015, momento en el que, se reitera, se encontraba vencido el término de ejecutoria de la providencia apelada.

Por lo expuesto, se

### III. RESUELVE

**Primero. Inadmitir** por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Arauca el 8 de abril de 2015, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** Ejecutoriada esta providencia, **remítase** el expediente al Tribunal Administrativo de Arauca, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>4</sup> Para que “continúe con el trámite del proceso Radicado No. 81001-2333-003-2012-00039-01 medio de control electoral”.

<sup>5</sup> Folio 167 del expediente.

**PROCESO ELECTORAL - Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva/FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - La vinculación de la Registraduría se fundamenta y parte del supuesto sine qua non que la autoridad haya proferido el acto demandado o intervenido en su adopción/FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - Probada. La Registraduría no debía ser vinculada como parte a este proceso/RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**

En el *sub judice* a través de varias demandas se cuestiona la legalidad de la elección del Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, periodo 2014-2018, por varios motivos: principalmente porque supuestamente no cumple con el principal requisito "establecido en el artículo 3° de la Ley 649 de 2011, para ser candidatos de las comunidades negras" esto es, "ser miembros de la respectiva comunidad", por haber ingresado al movimiento que lo avaló de manera irregular y por una supuesta inhabilidad por contratación. Al momento de contestar la demanda, la Registraduría Nacional del Estado Civil propuso excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva" con el argumento de que "en los escrutinios su participación es solo a título de secretario...".

La anterior excepción fue negada en la audiencia inicial celebrada el 19 de junio de 2015, pues a juicio de la Consejera Ponente "la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Senado". Pues bien, esta Sala considera que la decisión tomada por la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la audiencia inicial referenciada, debe revocarse por las razones que se pasan a explicar: Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse "(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales".

La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda, si lo considera necesario, intervenir en el proceso. Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también

debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

En efecto, en el presente asunto se ordenó la vinculación de la RNEC, pero, como se mencionó en precedencia, esta autoridad no fue vinculada al proceso en calidad de demandada, sino a título de autoridad que intervino en la expedición del acto administrativo demandado, en tanto aquella es quien realiza la respectiva inscripción de candidatos.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no en todos los casos hay lugar a la vinculación de esta entidad al proceso electoral, pues es menester estudiar en cada situación particular la forma en que intervino, en otras palabras, se hace necesario determinar si la RNEC desplegó funciones inherentes a sus competencia que determinaran o pudiesen incidir en el vicio que se le imputa a la correspondiente elección. (...) es posible concluir, que esta Sala ha fijado un criterio según el cual la vinculación a la RNEC debe ordenarse siempre y cuando aquella haya desplegado funciones que tengan incidencia o conexidad con el vicio que se alega como constitutivo de nulidad.

En este evento, para la Sala no cabe duda alguna que, el vicio radica, en la supuesta falta de los requisitos del demandado para representar a las comunidades afrodescendientes, así como en una supuesta inhabilidad por contratación, por lo que en los términos del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, no se hace necesaria la vinculación de la RNEC, dado que no es de su competencia para efectos de inscribir al candidato desplegar un análisis respecto de si aquel cumple o no con el requisito fijado en el artículo 3° de la Ley 649 de 2011, es decir, si es o no miembro de la comunidad que pretendía representar, así como tampoco le está permitido realizar un estudio en relación con la forma en que aquel ingresó al movimiento que lo avaló, y menos aún respecto de una eventual inhabilidad por contratación.

Las anteriores "irregularidades" que se plantean como fundamento de las diferentes demandas que dieron origen al presente proceso acumulado, no materializan vicios objetivos que la RNEC hubiese estado en capacidad de controlar, a diferencia de lo que ocurriría ante un eventual desconocimiento de la cuota de género en la listas que se inscriben, o si se presenta un candidato sin el correspondiente aval. En casos como el que nos ocupa, solo el juez electoral está legitimado para resolver la controversia que se plantea y cualquier intención de la RNEC de analizar el asunto, para efectos de realizar la inscripción, conllevaría un exceso desde la perspectiva funcional.

Por lo anterior, para la Sala de Súplica, la vinculación de la RNEC al caso concreto, resulta inane, en atención al origen del vicio que da pie a la irregularidad que se le atribuye a la elección, por lo que la decisión suplicada debe revocarse.

Nota de relatoría: Auto de 6 de noviembre de 2014. Rad. 2014-00065-00. Auto de 7 de mayo de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2014-00095-00. SECCIÓN QUINTA.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 2

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

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

Se procede a resolver el recurso de súplica que presentó la Registraduría Nacional del Estado Civil en audiencia inicial del proceso de la referencia, frente a la decisión de la Consejera Ponente de negar la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral (artículo 139 del CPACA) el señor Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) interpusieron demanda contra el acto de elección del Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, periodo 2014-2018. Otras demandas también se presentaron contra la misma elección y fueron posteriormente acumuladas.

Admitidas las demandas, se ordenó notificar, entre otros, a la Registraduría Nacional del Estado Civil –en adelante RNEC–.

Esta autoridad, mediante apoderada judicial, propuso la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* toda vez que *“en los escrutinios su participación es solo a título de secretario, es decir, no otorga validez alguna a los votos, sino tan solo de ayudantes o colaboradores, pues los actores que toman la decisión de fondo al respecto no son funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil”*.

En audiencia inicial celebrada el 19 de junio de 2015 la Magistrada Ponente negó la excepción propuesta. Para el efecto, explicó que de acuerdo con las competencias asignadas por la Constitución y la ley a la Registraduría, la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Congreso.

La anterior decisión fue objeto del recurso de súplica por parte

de la apoderada de la Registraduría, toda vez que a su juicio *“de conformidad con el artículo 266 Superior de la Constitución Política, sus funciones son formales frente a las inscripciones de las candidaturas”*. Hizo referencia al antecedente de esta Sección, en el trámite de la demanda contra el Congresista Juan Manuel Galán en el que alegó la misma excepción y en donde afirma *“se aceptó su desvinculación”*<sup>2</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA<sup>3</sup> el auto que decida sobre las excepciones es susceptible del recurso de apelación o de súplica según el caso. Tal interpretación de la norma fue avalada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014 dentro del proceso con Radicado No. 2012-00395-01<sup>4</sup>, el cual se profirió por la importancia jurídica del asunto a decidir.

### 2.2. Planteamiento del asunto que deberá analizar la Sala

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar si se confirma la decisión tomada por la Magistrada Ponente en la audiencia inicial del 19 de junio de 2015 en el sentido de negar la excepción propuesta por la RNEC, o por el contrario, si aquella debe ser revocada, bajo el argumento de que no es necesaria la vinculación de la RNEC al proceso de la referencia, toda vez que a su juicio, su labor se limita a la realización de las elecciones y en los escrutinios cumple funciones estrictamente secretariales.

### 2.3. Caso concreto

En el *sub judice* a través de varias demandas se cuestiona la legalidad de la elección del Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, periodo 2014-2018, por varios motivos: principalmente porque supuestamente no cumple con el principal requisito *“establecido en el artículo 3 de la Ley 649*

<sup>2</sup> La Sala resalta que en el caso mencionado por el recurrente relacionado con el trámite de la demanda contra el Congresista Juan Manuel Galán -Auto de 7 de mayo de 2015. Radicado No. 11001-03-28-000-2014-00095-00-, no se aceptó la desvinculación de la Registraduría como equivocadamente lo asegura esa entidad, pues por el contrario se negó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, como se desarrollará más adelante.

<sup>3</sup> Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlos. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones. Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>1</sup> Folio 382.

de 2011, para ser candidatos de las comunidades negras” esto es, “ser miembros de la respectiva comunidad”, por haber ingresado al movimiento que lo avaló de manera irregular y por una supuesta inhabilidad por contratación.

Al momento de contestar la demanda, la Registraduría Nacional del Estado Civil propuso excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” con el argumento de que “en los escrutinios su participación es solo a título de secretario...”.

La anterior excepción fue negada en la audiencia inicial celebrada el 19 de junio de 2015, pues a juicio de la Consejera Ponente “la irregularidad que se propone como vicio de nulidad electoral pudo ocurrir, concretamente, en la inscripción de las candidaturas y dicha actuación forma parte de la órbita de funciones de la entidad, puesto que los Delegados del Registrador tienen la competencia de realizar la inscripción de las listas de candidatos al Senado”.

Pues bien, esta Sala considera que la decisión tomada por la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la audiencia inicial referenciada, debe revocarse por las razones que se pasan a explicar:

Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse “(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales”.

La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda, si lo considera necesario, intervenir en el proceso.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

En efecto, en el presente asunto se ordenó la vinculación de la RNEC, pero, como se mencionó en precedencia, esta autoridad no fue vinculada al proceso en calidad de demandada, sino a título de autoridad que intervino en la expedición del acto administrativo demandado, en tanto aquella es quien realiza la respectiva inscripción de candidatos<sup>5</sup>.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no en todos los casos hay lugar a la vinculación de esta entidad al proceso electoral,

pues es menester estudiar en cada situación particular la forma en que intervino, en otras palabras, se hace necesario determinar si la RNEC desplegó funciones inherentes a sus competencia que determinarían o pudiesen incidir en el vicio que se le imputa a la correspondiente elección.

Así lo dispuso en auto de 6 de noviembre de 2014<sup>6</sup>, la Sala compuesta por las Magistradas Susana Buitrago Valencia y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, al revocar la decisión tomada por el Ponente dentro de la Cámara Subjetiva de Bolívar, y declarar la prosperidad de la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, esgrimida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En dicha oportunidad se concluyó que, en atención a las competencias asignadas por la Constitución y la ley a esa Entidad, en ese caso particular, la RNEC no desplegó funciones propias, ni tampoco se evidenció que, en caso de salir avante las pretensiones, le correspondía asumir posición de responsabilidad o afrontar algún tipo de actuación, como consecuencia de la anulación del acto de elección, circunstancias que no hacían indispensable su vinculación al proceso.

Se determinó en ese momento:

*“Como se observa, la vinculación de la Registraduría Nacional y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es ESPECIAL, si se considera y se comprueba desde cierta perspectiva, que pudo haber intervenido en la adopción del acto administrativo de elección demandado, situación que la coloca en el predicamento de defender su actuación, más no la elección propiamente dicha, creándole un posible interés en el resultado del proceso. Sin embargo, de aparecer claramente que no intervino en la adopción del acto incoado, su intervención en el proceso resulta inocua”* (Negrillas fuera de texto).

Bajo esta misma línea de argumentación, en reciente auto de 7 de mayo de 2015<sup>7</sup>, la Sala integrada por la Consejera Susana Buitrago Valencia, el Conjuez Antonio Agustín Aljure Salame, y quien funge ahora como ponente, encontraron, para otro proceso, que la vinculación de la RNEC estuvo bien realizada, en consideración a que el vicio alegado, en aquel caso, consistía en una “coexistencia de inscripciones” directamente efectuadas por la RNEC de cuya actuación o ejercicio de funciones podría derivarse la existencia de un vicio en el acto de elección acusado de nulidad y por ende, resultaba evidente que la intervención de esa entidad era necesaria para salvaguardar el principio del debido proceso y el derecho de defensa que a esta le asiste.

<sup>5</sup> Artículos 88 a 98 Código Electoral.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicado No. 2014-00068-00. Auto de 6 de noviembre de 2014. Demandada: Karen Cure Corcione. Cámara Subjetiva de Bolívar.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 7 de mayo de 2015. Radicado No. 11001-03-28-000-2014-00095-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, con salvamento de voto de la Consejera Susana Buitrago Valencia.

En este sentido, es posible concluir, de los antecedentes referenciados, que esta Sala ha fijado un criterio según el cual la vinculación a la RNEC debe ordenarse siempre y cuando aquella haya desplegado funciones que tengan incidencia o conexidad con el vicio que se alega como constitutivo de nulidad.

En este evento, para la Sala no cabe duda alguna que, el vicio radica, en la supuesta **falta de los requisitos del demandado para representar a las comunidades afrodescendientes**, así como en una supuesta inhabilidad por contratación, por lo que en los términos del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, no se hace necesaria la vinculación de la RNEC, dado que no es de su competencia para efectos de inscribir al candidato desplegar un análisis respecto de si aquel cumple o no con el requisito fijado en el artículo 3 de la Ley 649 de 2011, es decir, si es o no miembro de la comunidad que pretendía representar, así como tampoco le está permitido realizar un estudio en relación con la forma en que aquel ingresó al movimiento que lo avaló, y menos aun respecto de una eventual inhabilidad por contratación.

Las anteriores *“irregularidades”* que se plantean como fundamento de las diferentes demandas que dieron origen al presente proceso acumulado, no materializan **vicios objetivos** que la RNEC hubiese estado en capacidad de controlar, a diferencia de lo que ocurriría ante un eventual desconocimiento de la cuota de género en la listas que se inscriben, o si se presenta un candidato sin el correspondiente aval.

En casos como el que nos ocupa, solo el juez electoral está legitimado para resolver la controversia que se plantea y

cualquier intención de la RNEC de analizar el asunto, para efectos de realizar la inscripción, conllevaría un exceso desde la perspectiva funcional.

Por lo anterior, para la Sala de Súplica, la vinculación de la RNEC al caso concreto, resulta inane, **en atención al origen del vicio** que da pie a la irregularidad que se le atribuye a la elección, por lo que la decisión suplicada debe revocarse.

De conformidad con lo expuesto se

### III. RESUELVE

**Primero.** Revocar la decisión tomada por la Consejera Ponente en audiencia inicial del 19 de junio de 2015 de negar la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; y en su lugar, declararla probada y **ordenar** la desvinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil del trámite del proceso de la referencia.

**Segundo.** En firme esta providencia, **remítase** el proceso al despacho de la H. Consejera sustanciadora para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Antonio Agustín Aljure Salame**

Conjuez

**Gabriel de Vega Pinzón**

Conjuez

**SANCIÓN A PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Por violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales/PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos/PARTIDOS POLÍTICOS - Sanción/ MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Sanción/GRUPOS SIGNIFICATIVOS DE CIUDADANOS - Sanción**

El artículo 13 de la Ley 1475 de 2011, señala la competencia y el procedimiento que se debe seguir para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos así: "Artículo 13. Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos.

El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. 1. La resolución mediante la cual ordene la apertura de la correspondiente investigación deberá formular cargos, claramente las faltas atribuibles, los hechos objeto de investigación, las pruebas de que dispone, las disposiciones infringidas y las sanciones aplicables.

Si el Consejo Nacional Electoral no dispusiere de elementos de juicio suficientes para formular cargos, adelantará previamente la correspondiente indagación preliminar, de cuyo inicio informará a la respectiva organización política.

2. La resolución de apertura de investigación ordenará notificar personalmente al representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación, a las personas implicadas en los hechos objeto de investigación y al Ministerio Público.

3. El representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación y las personas implicadas en los hechos objeto de investigación, podrán responder los cargos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al de la notificación personal.

4. Una vez presentados los descargos o transcurrido el plazo para ello, la corporación decretará las pruebas solicitadas y/o las que considere necesarias practicar, para lo cual dispondrá de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia mediante la cual se decretaron. El consejero ponente podrá prorrogar el término probatorio por dos (2) meses más a fin de garantizar la recaudación de la totalidad de las pruebas decretadas o para la práctica de nuevas pruebas en los casos en que considere necesario decretarlas para mejor proveer.

5. Concluido el término probatorio se dará traslado a las personas vinculadas a la investigación así como al Ministerio

Público, por quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos de conclusión, transcurridos los cuales el proceso entrará al despacho del ponente para decisión, la cual deberá dictarse dentro de los dos (2) meses siguientes.

6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos. Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

7. La decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral podrá ser demandada ante el Consejo de Estado. Cuando la sanción sea la disolución, cancelación o suspensión de la personería jurídica, la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio se tramitará en forma preferencial y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus y el de las acciones de tutela".

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 13

**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**

El artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, indica el procedimiento a seguir cuando se presenta la violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales: "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”.

De la normativa en comento, se advierte claramente que el CNE tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no ya directamente sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo.

Pues bien, como se advierte de los antecedentes narrados en precedencia, en el caso concreto corresponde decidir la solicitud de pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González, realizada por el CNE, en virtud de la sanción que esa autoridad realizó al partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos en la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán. Asimismo, se observa que correspondió al Despacho de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (e), el estudio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Édgar Humberto Silva González en contra de la Resolución No. 3049 de 2014.

Advierte la Sala que, es evidente que para tomar una decisión respecto del caso que le correspondió por reparto al Consejero Ponente es necesario realizar un examen de legalidad del acto sancionatorio proferido por el CNE, pues no puede convertirse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejecutora de las decisiones tomadas por esta autoridad administrativa, usurpando las funciones que Constitucional y legalmente le corresponden a esta autoridad judicial. Pero como se advirtió en precedencia, dicho examen de legalidad ya cuenta con un proceso incoado por el señor Silva González y que correspondió al Despacho de la doctora Bermúdez Bermúdez (e), el cual actualmente se encuentra pendiente de decidirse el recurso de súplica interpuesto por el demandante por haberse rechazado la demanda.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 26

**PREJUDICIALIDAD - Se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente/ PREJUDICIALIDAD - Toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio/SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD - Cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio/PÉRDIDA DEL CARGO - Alcalde del municipio de Puerto Gaitán**

En el caso que ocupa la atención de la Sala se cumplen con los requisitos para que el proceso con Radicado No. 2015-

0006 M. P.: Alberto Yepes Berreiro (e), sea suspendido por prejudicialidad, toda vez que esta figura jurídica, contemplada en los artículos 161 y 163 del C. G. P. un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias.

Es de anotar que la prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquél, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido. Cabe manifestar que esta se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.

De manera que para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse en uno incida necesariamente en el otro. Con un sentido amplio y comprensivo, se la ha querido determinar en una fórmula precisa y concreta, diciendo que es “prejudicial” toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio. Con base en lo anterior se ha afirmado que un proceso debe ser suspendido “cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio”.

Tal es el caso que se nos presenta, toda vez 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.

Finalmente, advierte el Despacho 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 suspensión por prejudicialidad, toda vez que, la decisión tomada por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en auto de 25 de junio de 2015 de rechazar la demanda 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 de 16 de julio de 2015.

Además, debe tenerse en cuenta que para resolver sobre dicho recurso se hace necesario conformar la Sala que habrá de resolverlo, teniendo en cuenta que, en la actualidad, los

únicos magistrados que integran la Sección Quinta del Consejo de Estado son la doctora Bermúdez y el suscrito, y aquella, como es apenas natural, no está habilitada para participar en la súplica de su propio auto.

Es de anotar que, si en el trámite del recurso de súplica se decide confirmar la providencia que rechazó la demanda en comento, este Despacho conforme a la normativa que rige la suspensión del proceso por prejudicialidad decretará de oficio la reanudación del mismo.

En esa medida, se ordenará la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

Fuente formal: Código General del Proceso - Artículo 161/  
Código General del Proceso - artículo 161

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015)

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

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

Procede el Despacho a pronunciarse respecto de la petición del demandado de suspender el proceso por prejudicialidad, visible a folio 71 del expediente.

**I. ANTECEDENTES**

1. El Consejo Nacional Electoral presentó solicitud de pérdida del cargo del Alcalde del municipio de Puerto Gaitán (Meta), dignidad ocupada por el señor Édgar Humberto Silva González, con fundamento en que mediante la Resolución 3049 de 29 de julio de 2014, esa Corporación declaró la violación a los límites de gastos en la campaña electoral en la que aquel resultó elegido, acto administrativo que fue confirmado por medio de la Resolución 3347 de 20 de octubre del mismo año.
2. La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta, no obstante, el CNE solicitó a esta Corporación asumir el conocimiento del presente proceso por considerar que es necesario proferir una sentencia de unificación jurisprudencial, petición frente a la cual esta Sección, en providencia de 4 de mayo de 2015, con fundamento en lo

dispuesto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, el inciso 2° del artículo 271 del CPACA y a efectos de sentar jurisprudencia y fijar el precedente relacionado con el nuevo mecanismo de control judicial, consagrado en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, asumió el conocimiento del presente asunto por importancia jurídica.

3. En cumplimiento de la anterior decisión, por medio de auto de 8 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Meta remitió el proceso de la referencia a esta Sección, correspondiéndole por reparto de 22 de mayo del presente año al suscrito Consejero Ponente para proveer lo pertinente.
4. Por otra parte, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderada judicial, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó declarar nula las Resoluciones N°. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.
5. La demanda<sup>3</sup>, correspondió por reparto al Despacho de la doctora Susana Buitrago Valencia<sup>4</sup>, la cual fue admitida mediante auto de 24 de marzo de 2015; en la actualidad, se encuentra pendiente de decidirse recurso de súplica frente a la decisión tomada por la Consejera Ponente de rechazar la demanda.

2 La parte resolutive de dicha decisión es del siguiente tenor:

"Artículo Primero. Declarar la violación de los límites de ingresos y gastos establecidos en la campaña electoral del candidato Édgar Humberto Silva González a la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta), avalada por el Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U–.

Artículo Segundo. Sancionar al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U– con la suspensión al derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán – Meta en las próximas elecciones por la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, esto es, lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011.

Artículo Tercero. Abstenerse de sancionar al candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído.

Artículo Cuarto. Ordenar al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U– reintegre al Fondo Nacional de Financiación Política el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la campaña electoral del candidato Silva a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán – Meta, esto es, cinco millones trescientos veintimil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848 m/cte.) debido a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que reconocía tal derecho expedido por esta corporación de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

Artículo Quinto. Notifíquese la presente decisión, de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U–, al señor Alexander Vega apoderado del señor Édgar Humberto Silva González y al Ministerio Público.

Artículo Sexto. Envíese copia de la presente resolución a la Oficina Jurídica de esta corporación, para que presente ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida de cargo del señor Édgar Humberto Silva, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

Artículo séptimo. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase

Dado en Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de 2014".

3 Cuyo radicado es el No. 2015-0005.

4 Por terminación del periodo de la Magistrada Buitrago Valencia, la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez recibió en encargo el Despacho de aquella.

1 "Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011".

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

Se pronuncia el Despacho –de conformidad con la regla establecida en el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup>,– sobre la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

### 2.2. Pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales

El artículo 13 de la Ley 1475 de 2011<sup>6</sup>, señala la competencia y el procedimiento que se debe seguir para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos así:

**“Artículo 13. Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos.** El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.

1. La resolución mediante la cual ordene la apertura de la correspondiente investigación deberá formular cargos, claramente las faltas atribuibles, los hechos objeto de investigación, las pruebas de que dispone, las disposiciones infringidas y las sanciones aplicables. Si el Consejo Nacional Electoral no dispusiere de elementos de juicio suficientes para formular cargos, adelantará previamente la correspondiente indagación preliminar, de cuyo inicio informará a la respectiva organización política.

2. La resolución de apertura de investigación ordenará notificar personalmente al representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación, a las personas implicadas en los hechos objeto de investigación y al Ministerio Público.

3. El representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación y las personas implicadas en los hechos objeto de investigación, podrán responder los cargos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al de la notificación personal.

4. Una vez presentados los descargos o transcurrido el plazo para ello, la corporación decretará las pruebas solicitadas y/o las que considere necesarias practicar,

para lo cual dispondrá de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia mediante la cual se decretaron. El consejero ponente podrá prorrogar el término probatorio por dos (2) meses más a fin de garantizar la recaudación de la totalidad de las pruebas decretadas o para la práctica de nuevas pruebas en los casos en que considere necesario decretarlas para mejor proveer.

5. Concluido el término probatorio se dará traslado a las personas vinculadas a la investigación así como al Ministerio Público, por quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos de conclusión, transcurridos los cuales el proceso entrará al despacho del ponente para decisión, la cual deberá dictarse dentro de los dos (2) meses siguientes.

6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos.

Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

7. La decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral podrá ser demandada ante el Consejo de Estado. Cuando la sanción sea la disolución, cancelación o suspensión de la personería jurídica, la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio se tramitará en forma preferencial y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus y el de las acciones de tutela”. (Negrillas de la Sala).

Por su parte, el artículo 26 *ibídem*<sup>7</sup> indica el procedimiento a seguir cuando se presenta la violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales:

**“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.

5 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.

6 “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”.

7 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-490 de 2011 Magistrado Ponente, doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

*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". (Negrillas de la Sala).*

De la normativa en comento, se advierte claramente que el CNE tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no ya directamente sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo.

Pues bien, como se advierte de los antecedentes narrados en precedencia, en el caso concreto corresponde decidir la solicitud de pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González, realizada por el CNE, en virtud de la sanción que esa autoridad realizó al partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos en la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán.

Asimismo, se observa que correspondió al Despacho de la doctora Lucy Jeannett Bermúdez Bermúdez (e), el estudio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Édgar Humberto Silva González en contra de la Resolución No. 3049 de 2014.

Advierte la Sala que, es evidente que para tomar una decisión respecto del caso que le correspondió por reparto al Consejero Ponente es necesario realizar un examen de legalidad del acto sancionatorio proferido por el CNE, pues no puede convertirse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejecutora de las decisiones tomadas por esta autoridad administrativa, usurpando las funciones que constitucional y legalmente le corresponden a esta autoridad judicial.

Pero como se advirtió en precedencia, dicho examen de legalidad ya cuenta con un proceso incoado por el señor Silva González y que correspondió al Despacho de la doctora Bermúdez Bermúdez (e), el cual actualmente se encuentra pendiente de decidirse el recurso de súplica interpuesto por el demandante por haberse rechazado la demanda.

### 2.3. Suspensión del proceso por prejudicialidad

Pues bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala se cumplen con los requisitos para que el proceso con Radicado No. 2015-

0006 M. P.: Alberto Yepes Berreiro (e), sea **suspendido por prejudicialidad**, toda vez que esta figura jurídica, contemplada en los artículos 161<sup>8</sup> y 163<sup>9</sup> del C. G. P. trae consigo la suspensión temporal de la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias.

Es de anotar que la prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquel, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido.

Cabe manifestar que esta se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca<sup>10</sup>.

De manera que para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse en uno incida necesariamente en el otro.

Con un sentido amplio y comprensivo, se la ha querido determinar en una fórmula precisa y concreta, diciendo que es "*prejudicial*" toda cuestión jurídica cuya resolución constituya

8 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 reconvencción. 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.

9 Artículo 163. Reanudación del proceso. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de dos (2) años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez de oficio o a petición de parte, decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por aviso.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanuda de oficio el proceso. También se reanuda cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

10 Ref.: Expediente No. T - 20.000. Peticionario: Gustavo Adolfo Bell Lemus, Gobernador del Atlántico contra los Juzgados 1° a 7° Laborales del Circuito de Barranquilla. M. P.: doctor Hernando Herrera Vergara. 5 de noviembre de 1993.

un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio. Carnelutti señala que *“se habla de cuestiones prejudiciales cuando en rigor de terminología es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión en otros litigios”*. Por su parte, cuestión prejudicial significa una etapa anterior al juicio y según Manzini, *“es toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio”*.

Con base en lo anterior se ha afirmado que un proceso debe ser suspendido *“cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio”*<sup>11</sup>.

Tal es el caso que se nos presenta, toda vez 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.

Finalmente, advierte el Despacho 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 suspensión por prejudicialidad, toda vez que, la decisión tomada por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en auto de 25 de junio de 2015 de rechazar la demanda no se encuentra en firme<sup>12</sup>, 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 de 16 de julio de 2015.

Además, debe tenerse en cuenta que para resolver sobre dicho recurso se hace necesario conformar la Sala que habrá de resolverlo, teniendo en cuenta que, en la actualidad, los únicos magistrados que integran la Sección Quinta del Consejo de Estado son la doctora Bermúdez y el suscrito, y aquella, como es apenas natural, no está habilitada para participar en la súplica de su propio auto.

Es de anotar que, si en el trámite del recurso de súplica se decide confirmar la providencia que rechazó la demanda en comento, este Despacho conforme a la normativa que rige la suspensión del proceso por prejudicialidad decretará de oficio la reanudación del mismo.

En esa medida, se ordenará la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

En mérito de lo expuesto se;

### III. RESUELVE

**Suspender** el proceso de la referencia por prejudicialidad.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>11</sup> Sentencia T-680 de 2007.

<sup>12</sup> Código General del Proceso. Artículo 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud. Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

**PROCESO ELECTORAL - Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva/FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - La actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la formación de los actos objeto de censura es relevante para efectos de poder enjuiciar su legalidad a través del ejercicio del medio de control de nulidad electoral/ RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**

Esta Sala considera que la decisión tomada por el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio en la audiencia inicial debe mantenerse inólume por las razones que se pasan a explicar. Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse "(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales".

La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo por vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda, si lo considera necesario, intervenir en el proceso.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

Es por lo anterior, que en estricto sentido, en el caso en estudio, la obligación de vinculación surge por imperio de la Ley, al extremo de que la legalidad del trámite se vería comprometido si dicha notificación no se surtiera; por tanto, y en cumplimiento del artículo 277 de CPACA, corresponde a esta Sección vincular a la Registraduría Nacional del Estado Civil como entidad que intervino en la adopción de los actos demandados. En el caso *sub judice*, como se advirtió en el auto admisorio proferido el diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014) dentro del proceso 2014-00106 y en el auto admisorio proferido el veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014) dentro del proceso 2014-00107, la Registraduría Nacional del Estado Civil fue vinculada al proceso en su condición de autoridad que intervino en la adopción de los actos acusados y no en calidad de parte demandada.

En anteriores pronunciamientos esta Sección ha tenido la oportunidad de abordar el problema jurídico planteado en el presente caso consistente en determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil, en calidad de autoridad que interviene en la adopción de actos electorales, debe ser vinculada o no en

los procesos originados en el ejercicio de la acción de nulidad electoral.

En dicho estudio se ha distinguido la naturaleza del vicio por el cual se acusa la legalidad del acto, dado que la relevancia de la intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la adopción de los actos electorales objeto del control de legalidad varía según la naturaleza de los cargos formulados en la demanda, como se explica a continuación.

En el *sub judice* se cuestiona la legalidad de los siguientes actos electorales relacionados con la elección de los Representantes a la Cámara del departamento de Chocó: i) el Acuerdo 020 de 16 de julio de 2014 proferido por el Consejo Nacional Electoral; y, ii) las Resoluciones DCH 7, 08, y 12 de 20 de marzo de 2014 proferidas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Entre otros motivos se controvierte la legalidad de estos actos por la presunta ruptura de la cadena de custodia de los documentos electorales originada en conductas del Registrador Municipal de Bojayá, tales como la falta de acondicionamiento de la oficina de este funcionario para fungir como arca triclave y la apertura irregular de bolsas contentivas de documentos electorales.

En los anteriores términos debe concluirse que la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la formación de los actos objeto de censura es relevante para efectos de poder enjuiciar su legalidad a través el ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, pues como se observa, algunos de los conceptos de la violación de normas superiores invocados en el presente caso se estructuran en presuntas conductas irregulares imputables a esta entidad, razón por la cual debe mantenerse su vinculación al proceso, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.

Así las cosas, la vinculación a la entidad estuvo bien efectuada en atención al origen del vicio que da pie a las irregularidades alegadas en el presente proceso, por lo que la decisión suplicada por la Registraduría Nacional del Estado Civil debe mantenerse. Ahora bien, caso distinto será si no es el deseo de la entidad aprovechar su vinculación a efectos de responder los reproches formulados en las demandas.

De conformidad con lo expuesto, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Magistrado Sustanciador en la audiencia inicial consistente en negar la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Nota de Relatoría: El auto hace un recuento jurisprudencial del tema "falta de legitimación por pasiva" ver: Auto de 6 de noviembre de 2014. Rad. 11001-03-28-000-2014-00065-00(S). C.P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto de 7 de mayo de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2014-00095-00. C.P. (E): doctor Alberto Yepes Barreiro. Auto de 17 de julio de 2015.

Rad. 11001-03-28-000-2014-00099-00 (Acumulado). P. (c): doctor Alberto Yepes Barreiro. SECCIÓN QUINTA.

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que negó las pruebas aportadas y solicitadas de forma extemporánea/ RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Improcedente porque la decisión suplicada no es de naturaleza apelable**

De acuerdo con el primer inciso del artículo 246 del CPACA 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”.

En atención a esta disposición, para efectos de poder determinar en el presente caso si el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante es procedente o no, se requiere analizar si la decisión suplicada, consistente en la negación por extemporaneidad de las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante, es apelable por su naturaleza.

El carácter apelable de los autos, en razón a su naturaleza, está definido en diversas disposiciones del CPACA. De manera general, es posible encontrar una enunciación de las providencias apelables en el artículo 243 del CPACA, sin perjuicio de que otras disposiciones de esta Codificación amplíen dicha enunciación, como el numeral 6 del artículo 180 (para el caso del auto que decide sobre las excepciones previas), el artículo 193 (para el caso del auto que rechaza de plano la liquidación extemporánea de la condena hecha en abstracto), o el artículo 232 (para el caso del auto que fija o niega la caución para las medidas cautelares).

Ahora bien, el numeral 8 del artículo 243 del CPACA señala que, en razón a su naturaleza, el auto (...) que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente” es apelable. De la lectura de esta norma se desprende que solamente son apelables, y por tanto suplicables, las decisiones que reúnan los siguientes dos requisitos: (i) Que tengan por objeto denegar el decreto o práctica de una prueba. En ese sentido, se excluye de las materias apelables las decisiones que decretan u ordenan la práctica de pruebas solicitadas o que incorporen al proceso las pruebas aportadas por las partes. (ii) Que la denegación verse sobre pruebas que hayan sido pedidas oportunamente, es decir dentro de las oportunidades probatorias consagradas en el ordenamiento procesal.

En consonancia con lo expuesto, el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante contra la decisión de negar las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia, la cual fue adoptada por el Magistrado Sustanciador en el transcurso de la audiencia inicial, es improcedente porque la decisión suplicada no es de naturaleza apelable, debido a que no se cumple el segundo de los requisitos señalados anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente jamás puso en entredicho la extemporaneidad de las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia.

En efecto, la razón por la cual el Magistrado Sustanciador negó las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante fue el carácter extemporáneo de esta solicitud probatoria.

En otras palabras, la decisión suplicada no versó sobre la denegación del decreto o práctica de pruebas pedidas oportunamente, sino sobre la denegación de pruebas aportadas y solicitadas por fuera de las oportunidades señaladas en el ordenamiento procesal, motivo por el cual no se puede considerar como una materia apelable en razón a su naturaleza, y por lo tanto tampoco suplicable. Aprovecha la Sala esta oportunidad para poner de presente que, si bien el segundo inciso del artículo 246 del CPACA dispone que el recurso de súplica (...) 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”, lo cierto es que la naturaleza oral del proceso contencioso administrativo abre la posibilidad de que, en el caso de las decisiones proferidas en audiencia, su interposición pueda realizarse oralmente durante el transcurso de la misma.

En conclusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 243 del CPACA, la decisión suplicada por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez no corresponde a una materia apelable, razón por la cual su censura debió haberse realizado en ejercicio del recurso de reposición y no de la súplica.

De conformidad con lo expuesto, como consecuencia de la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez contra la decisión adoptada por el Magistrado Sustanciador en la audiencia inicial de negar las pruebas aportadas y solicitadas extemporáneamente por este interviniente, en virtud a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del C. G. P., la Sala ordenará al Magistrado Sustanciador tramitar la impugnación realizada por las reglas del recurso de reposición.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00107-00(S)

Actor: Eduardo Ecehomo Torres Mosquera

Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Chocó

***Electoral - Recurso de Súplica***

Proceden los demás integrantes de la Sección a pronunciarse sobre los recursos de súplica interpuestos

por la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil contra la decisión de negar la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por esta entidad, y por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez contra la decisión de negar el decreto las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia, decisiones que fueron impartidas durante la audiencia inicial llevada a cabo el nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015).

## I. ANTECEDENTES

En la audiencia inicial que tuvo lugar el nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015)<sup>1</sup> el Magistrado Sustanciador, entre otras decisiones, denegó la excepción por falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y negó el decreto de las pruebas aportadas y solicitadas por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez.

En relación con la primera decisión, el Magistrado Sustanciador señaló en la audiencia inicial que “(...) la vinculación de [la Registraduría Nacional del Estado Civil] al trámite de la nulidad electoral no se hizo en condición de demandado, sino en los precisos términos que para el efecto fija el artículo 277 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Explicó que esta Sección ha acogido la tesis respecto a la desvinculación de esta entidad cuando la presunta irregularidad que funda la acción electoral no atañe a cuestiones relacionadas con las actuaciones desplegadas por la entidad y que la obliguen a su defensa, sino a circunstancias subjetivas de quien se demanda y respecto de las cuales se predica una inhabilidad que no pudo ser verificada al momento de la inscripción. Bajo estas dos consideraciones se tiene que la legalidad de la elección de los representantes a la Cámara por el departamento de Chocó, periodo 2014-2018, se funda en razones que no implican el cuestionamiento de los requisitos, calidades e inhabilidades de los elegidos sino que descansan en irregularidades que presuntamente acaecieron durante el trámite de votaciones y escrutinios, en específico, se endilga que uno de sus agentes, el registrador municipal de Bojayá rompió la cadena de custodia que dicen los accionantes debió observarse antes de proceder al inicio de los escrutinios. En esa medida se hace necesaria comparecencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil para que si a bien lo tiene ejerza su derecho de defensa frente a dicha actuación. Así, la falta excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no prospera”<sup>2</sup>.

En relación con la segunda decisión, el Magistrado Sustanciador aseveró que “(...) [e]n lo referido a las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante, se advierte que las mismas resultan extemporáneas por cuanto las oportunidades probatorias dentro del presente asunto ya precluyeron de conformidad con lo establecido en el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”<sup>3</sup>. Si bien el Magistrado Sustanciador al denegar las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante no hizo referencia explícita al motivo por el cual consideró que dicha petición era extemporánea,<sup>4</sup> al principio de la audiencia inicial este advirtió que el reconocimiento de la intervención del señor Pablo Bustos como coadyuvante de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del CPACA, iniciaría a partir del momento en el cual encontró el presente proceso electoral, es decir en la etapa de audiencia inicial, debido a que el escrito de coadyuvancia fue presentado el día antes de su realización<sup>5</sup>.

Durante el transcurso de la audiencia inicial, tanto el señor coadyuvante como la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil interpusieron recurso de súplica, el primero contra la decisión de negar las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia y la segunda contra la decisión de negar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

El recurso de súplica interpuesto por el señor Pablo Bustos Sánchez fue presentado durante el trámite de la audiencia inicial. En el acta consta que “[e]n este estado de la diligencia el coadyuvante manifiesta que las pruebas solicitadas resultan fundamentales para demostrar los hechos debatidos por lo que solicitó que las mismas sean decretadas de oficio. De igual forma interpuso recurso de súplica contra dicha decisión bajo el argumento de que los documentos aportados resultan indispensables para resolver la controversia objeto de este proceso, toda vez que se refieren a aspectos importantes tales como la suspensión del fluido eléctrico en el lugar de los escrutinios, las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación respecto de irregularidades presentadas en el caso concreto”<sup>6</sup>. Debe señalarse que el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante no fue sustentado posteriormente.

El recurso de súplica presentado por la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil fue sustentado mediante escrito presentado el quince (15) de octubre

1 Folios 669 a 674 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

2 Folio 640 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

3 Folios 640 a 641 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

4 CD de la audiencia inicial, minutos 42:35 a 47:38.

5 CD de la audiencia inicial, minutos 2:32 a 4:12.

6 Folio 673 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

de dos mil quince (2015),<sup>7</sup> en el cual alega dos razones o motivos por los cuales, a su juicio, la decisión debe ser revocada: en primer lugar, la falta de legitimidad en la causa material, en contraste con la falta de legitimidad de hecho; y, en segundo lugar, la inexistencia de funciones de testigo electoral, apoderado de candidato, policía o fiscalía, a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil que impiden que esta entidad pueda verse involucrada en causal de nulidad alguna.

En relación con el primer argumento, la Registraduría Nacional del Estado Civil alega que en el presente caso se configura la falta de legitimidad en la causa material, en contraste con la falta de legitimidad de hecho, porque esta entidad "(...) *dado que solo tiene funciones de logística y preparación de comicios, no puede verse ni afectada ni favorecida con los resultados finales de una nulidad electoral pues la Registraduría Nacional del Estado Civil no hace parte ni de la bancada de Representantes a la Cámara que a través del ejercicio del medio de control denominado nulidad electoral pueda llegar a perder su curul, y tampoco pertenece grupo de candidatos que aspiró al correspondiente cargo de elección popular que a través de la nulidad electoral pueda llegar a obtener la dignidad de Representante a la Cámara, por ende, al no tener interés en las resultas del proceso, resulta imperioso desvincular la Registraduría Nacional del Estado Civil por la llamada falta de legitimación en la causa material*".<sup>8</sup> En ese sentido, distingue la legitimación de hecho, entendida como la posibilidad de demandar y ser demandado, de la legitimación material, correspondiente a la afectación que pueda originarse de las resultas del proceso.

En relación con el segundo argumento, la Registraduría Nacional del Estado Civil arguye que sus funciones se circunscriben exclusivamente a aquellas relacionadas con la logística de los comicios electorales. Al respecto precisa que escapan de su órbita de competencia las funciones relacionadas con la preservación de la seguridad –correspondientes a la Policía o al Ejército–, de vigilancia de los comicios o de los escrutinios, o de investigación frente a la comisión de posibles delitos contra los mecanismos de participación ciudadana. Por los anteriores motivos, esta entidad alega que debido a que sus competencias se limitan a asuntos relacionados con la logística electoral, debe revocarse la decisión de rechazar la excepción previa de falta de legitimación.

El traslado de los anteriores recursos de súplica se surtió en la Secretaría de la Sección por dos (2) días, contados a partir del diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), término durante el cual no fue recibido escrito alguno por las partes e intervinientes.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. En relación con el recurso de súplica interpuesto por la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil

#### 2.1.1. Procedencia del recurso

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 180 del CPACA<sup>9</sup> el auto que decida sobre las excepciones es susceptible del recurso de apelación o de súplica según el caso. Tal interpretación de la norma fue avalada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014 dentro del proceso con Radicado No. 2012-00395-01<sup>10</sup>, el cual se profirió por la importancia jurídica del asunto a decidir. Así mismo, el recurso es procedente porque fue interpuesto dentro del término señalado en el artículo 246 del CPACA.<sup>11</sup>

#### 2.2. Planteamiento del asunto que copará la atención de la Sala

En el caso de la referencia corresponde a esta Sala determinar si se confirma la decisión tomada por el Magistrado Ponente en la audiencia inicial del nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015), en el sentido de negar la excepción propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, o si por el contrario aquella debe ser revocada, pues tal como lo expresó esta entidad, no es necesaria su vinculación al proceso de la referencia, toda vez que a su juicio, su función se limita a la logística de los comicios electorales, razón por la cual no puede verse afectada con las resultas del proceso de nulidad electoral.

<sup>9</sup> Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 6. **Decisión de excepciones previas.** El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones. Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. **El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso**".

<sup>10</sup> Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C. P.: Enrique Gil Botero.

<sup>11</sup> Artículo 246. Súplica. 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".

<sup>7</sup> Folios 689 a 694 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

<sup>8</sup> Folio 689 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

### 2.3. Caso concreto

Esta Sala considera que la decisión tomada por el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio en la audiencia inicial debe mantenerse incólume por las razones que se pasan a explicar.

Sea lo primero advertir que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA, contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse "(...) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales".

La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo por vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del CPACA, que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda, si lo considera necesario, intervenir en el proceso.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

Es por lo anterior, que en estricto sentido, en el caso en estudio, la obligación de vinculación surge por imperio de la Ley, al extremo de que la legalidad del trámite se vería comprometido si dicha notificación no se surtiera; por tanto, y en cumplimiento del artículo 277 de CPACA, corresponde a esta Sección vincular a la Registraduría Nacional del Estado Civil como entidad que intervino en la adopción de los actos demandados.

En el caso *sub judice*, como se advirtió en el auto admisorio proferido el diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014) dentro del proceso 2014-00106<sup>12</sup> y en el auto admisorio proferido el veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014) dentro del proceso 2014-00107,<sup>13</sup> la Registraduría Nacional del Estado Civil fue vinculada al proceso en su condición de autoridad que intervino en la adopción de los actos acusados y no en calidad de parte demandada.

En anteriores pronunciamientos esta Sección ha tenido la oportunidad de abordar el problema jurídico planteado en el presente caso consistente en determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil, en calidad de autoridad que interviene en la adopción de actos electorales, debe ser vinculada o no en los procesos originados en el ejercicio de la acción de nulidad electoral. En dicho estudio se ha distinguido la naturaleza del vicio por el cual se acusa la legalidad del acto, dado que la relevancia de la intervención de la Registraduría Nacional del

Estado Civil en la adopción de los actos electorales objeto del control de legalidad varía según la naturaleza de los cargos formulados en la demanda, como se explica a continuación.

En auto de seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014), las Magistradas Susana Buitrago Valencia y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez revocaron la decisión tomada por el Ponente dentro del proceso de nulidad electoral subjetivo de la Cámara de Representantes de Bolívar, proceso originado en una presunta inhabilidad de la Representante Karen Cure por la supuesta celebración de un contrato con una entidad estatal dentro de los seis meses anteriores a la elección, y, en su lugar, decidieron declarar la prosperidad de la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", esgrimida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En dicha oportunidad se concluyó que, en atención a las competencias asignadas por la Constitución y la ley a esa entidad, en aquella ocasión, no se desplegaron funciones propias de la Registraduría, ni tampoco se evidenció que, en caso de salir avante las pretensiones, le correspondía asumir posición de responsabilidad o afrontar algún tipo de actuación, como consecuencia de la anulación del acto de elección, circunstancias que no hacían indispensable su vinculación al proceso.<sup>14</sup>

Así mismo, en el auto de siete (7) de mayo de dos mil quince (2015) la Sala integrada por la Consejera Susana Buitrago Valencia, el Conjuez Antonio Agustín Aljure Salame, y quien funge ahora como ponente, confirmó en sede de súplica la decisión tomada por la Magistrada Sustanciadora, en esta ocasión para efectos de vincular a la Registraduría Nacional del Estado Civil al proceso de nulidad electoral originado en la demanda interpuesta contra el Senador elegido Juan Manuel Galán por supuestamente estar incurso en la causal de inhabilidad relativa a la coexistencia de inscripciones según la cual no podrán ser congresistas "[q]uienes 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". En esta providencia se concluyó que la Registraduría Nacional del Estado Civil debía ser vinculada al proceso, en calidad de autoridad interviniente en la adopción del acto acusado, debido a que el origen del vicio invocado radicaba en la supuesta coexistencia de inscripciones directamente efectuadas por esta autoridad electoral, por lo que en los términos del numeral 2º del artículo 277 del CPACA, se imponía su vinculación<sup>15</sup>.

Por último, de manera más reciente, de acuerdo con esta misma línea argumentativa, la Sala integrada por los Conjueces Antonio Agustín Aljure Salame y Gabriel De Vega Pinzón, y el suscrito

12 Folios 783 a 789 de del cuaderno 1B correspondiente al expediente 2014-00106.

13 Folios 398 a 407 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

14 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00065-00(S). Auto de 6 de noviembre de 2014. C. P.: doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

15 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00095-00. Auto de 7 de mayo de 2015. C. P. (e): doctor Alberto Yepes Barreiro.

ponente, revocaron en sede de súplica la decisión de negar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el proceso de nulidad electoral sobre la legalidad de la elección de un Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, periodo 2014-2018. En esta ocasión, debido a que los vicios alegados radicaban en la supuesta falta de los requisitos del demandado para representar a las comunidades afrodescendientes, así como en una supuesta inhabilidad por contratación, la Sala concluyó que en los términos del numeral 2 del artículo 277 del CPACA, no se hacía necesaria la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, dado que no era de su competencia, para efectos de inscribir al candidato, desplegar un análisis respecto de si aquel cumple o no con el requisito fijado en el artículo 3 de la Ley 649 de 2011, es decir, si es o no miembro de la comunidad que pretendía representar, así como tampoco le está permitido realizar un estudio en relación con la forma en que aquel ingresó al movimiento que lo avaló, y menos aún respecto de una eventual inhabilidad por contratación<sup>16</sup>.

En el *sub judice* se cuestiona la legalidad de los siguientes actos electorales relacionados con la elección de los Representantes a la Cámara del departamento de Chocó: i) el Acuerdo 020 de 16 de julio de 2014 proferido por el Consejo Nacional Electoral; y, ii) las Resoluciones DCH 7, 08, y 12 de 20 de marzo de 2014 proferidas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral. Entre otros motivos se controvierte la legalidad de estos actos por la presunta ruptura de la cadena de custodia de los documentos electorales originada en conductas del Registrador Municipal de Bojayá, tales como la falta de acondicionamiento de la oficina de este funcionario para fungir como arca triclave y la apertura irregular de bolsas contentivas de documentos electorales.

En los anteriores términos debe concluirse que la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la formación de los actos objeto de censura es relevante para efectos de poder enjuiciar su legalidad a través del ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, pues como se observa, algunos de los conceptos de la violación de normas superiores invocados en el presente caso se estructuran en presuntas conductas irregulares imputables a esta entidad, razón por la cual debe mantenerse su vinculación al proceso, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 artículo del artículo 277 del CPACA.

Así las cosas, la vinculación a la entidad estuvo bien efectuada en atención al origen del vicio que da pie a las irregularidades alegadas en el presente proceso, por lo que la decisión suplicada por la Registraduría Nacional del Estado Civil debe mantenerse. Ahora bien, caso distinto será si no es el deseo de la entidad aprovechar su vinculación a efectos de responder los reproches formulados en las demandas.

De conformidad con lo expuesto, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Magistrado Sustanciador en la audiencia inicial consistente en negar la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

## 2.2. En relación con el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante

### 2.2.1. Procedencia del recurso

De acuerdo con el primer inciso del artículo 246 del CPACA 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*". En atención a esta disposición, para efectos de poder determinar en el presente caso si el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante es procedente o no, se requiere analizar si la decisión suplicada, consistente en la negación por extemporaneidad de las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante, es apelable por su naturaleza.

El carácter apelable de los autos, en razón a su naturaleza, está definido en diversas disposiciones del CPACA. De manera general, es posible encontrar una enunciación de las providencias apelables en el artículo 243 del CPACA, sin perjuicio de que otras disposiciones de esta Codificación amplíen dicha enunciación, como el numeral 6 del artículo 180 (para el caso del auto que decide sobre las excepciones previas), el artículo 193 (para el caso del auto que rechaza de plano la liquidación extemporánea de la condena hecha en abstracto), o el artículo 232 (para el caso del auto que fija o niega la caución para las medidas cautelares).

Ahora bien, el numeral 8 del artículo 243 del CPACA señala que, en razón a su naturaleza, el auto "(...) *que denegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente*" es apelable. De la lectura de esta norma se desprende que solamente son apelables, y por tanto suplicables, las decisiones que reúnan los siguientes dos requisitos:

- (i) Que tengan por objeto **denegar** el decreto o práctica de una prueba. En ese sentido, se excluye de las materias apelables las decisiones que decretan u ordenan la práctica de pruebas solicitadas o que incorporen al proceso las pruebas aportadas por las partes.
- (ii) Que la denegación verse sobre pruebas que hayan sido pedidas **oportunamente**, es decir dentro de las oportunidades probatorias consagradas en el ordenamiento procesal.

En consonancia con lo expuesto, el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante contra la decisión de negar las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia, la cual fue adoptada por el Magistrado Sustanciador en el transcurso de la audiencia inicial, es improcedente porque

<sup>16</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00099-00 (Acumulado). Auto de 17 de julio de 2015. C. P. (e): doctor Alberto Yepes Barreiro.

la decisión suplicada no es de naturaleza apelable, debido a que no se cumple el segundo de los requisitos señalados anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente jamás puso en entredicho la extemporaneidad de las pruebas aportadas y solicitadas en el escrito de coadyuvancia.

En efecto, la razón por la cual el Magistrado Sustanciador negó las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante fue el carácter extemporáneo de esta solicitud probatoria. Al respecto consta en el acta de la audiencia inicial: "(...) [e]n lo referido a las pruebas aportadas y solicitadas por el coadyuvante, se advierte que las mismas resultan extemporáneas por cuanto las oportunidades probatorias dentro del presente asunto ya precluyeron de conformidad con lo establecido en el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"<sup>17</sup>. En otras palabras, la decisión suplicada no versó sobre la denegación del decreto o práctica de **pruebas pedidas oportunamente**, sino sobre la denegación de pruebas aportadas y solicitadas por fuera de las oportunidades señaladas en el ordenamiento procesal, motivo por el cual no se puede considerar como una materia apelable en razón a su naturaleza, y por lo tanto tampoco suplicable.

En todo caso, se destaca que al momento de presentar el recurso de súplica durante la audiencia inicial el coadyuvante se limitó a señalar que las pruebas denegadas son de fundamental importancia para el proceso, sin que en esa instancia ni posteriormente —dado que el recurso de súplica nunca fue sustentado por escrito—, haya expuesto motivo alguno para justificar que dichas pruebas habían sido aportadas y solicitadas oportunamente.

Aprovecha la Sala esta oportunidad para poner de presente que, si bien el segundo inciso del artículo 246 del CPACA dispone que el recurso de súplica "(...) *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*", lo cierto es que la naturaleza oral del proceso contencioso administrativo abre la posibilidad de que, en el caso de las decisiones proferidas en audiencia, su interposición pueda realizarse oralmente durante el transcurso de la misma.

En conclusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 243 del CPACA, la decisión suplicada por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez no corresponde a una materia apelable, razón por la cual su censura debió haberse realizado en ejercicio del recurso de reposición y no de la súplica, especialmente si se tiene en cuenta que dicho interviniente es abogado.

En atención a las anteriores consideraciones, lo procedente era que el Magistrado Sustanciador rechazara el recurso de súplica interpuesto por el coadyuvante porque el mismo era inoportuno e impertinente, advirtiéndole al recurrente que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 295 del CPACA, en el trámite de la acción electoral "[l]a presentación de peticiones impertinentes así como la interposición de recursos y nulidades improcedentes serán considerados como forma de dilatar el proceso y se sancionarán con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales vigentes".

De conformidad con lo expuesto, como consecuencia de la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez contra la decisión adoptada por el Magistrado Sustanciador en la audiencia inicial de negar las pruebas aportadas y solicitadas extemporáneamente por este interviniente, en virtud a lo dispuesto en el párrafo del artículo 318 del C. G. P.,<sup>18</sup> la Sala ordenará al Magistrado Sustanciador tramitar la impugnación realizada por las reglas del recurso de reposición.

### III. RESUELVE

**Primero.** Confirmar la decisión tomada por el Consejero Ponente en audiencia inicial del nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015) de negar la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

**Segundo.** Ordenar al Magistrado Sustanciador que la impugnación realizada por el señor coadyuvante Pablo Bustos Sánchez contra la decisión tomada en audiencia inicial del nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015) de negar las pruebas aportadas y solicitadas extemporáneamente por este interviniente sea tramitada bajo las reglas del recurso de reposición.

**Tercero.** En firme esta providencia, remítase el proceso al despacho del H. Consejero Sustanciador para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

<sup>17</sup> Folios 640 a 641 del cuaderno correspondiente al expediente 2014-00107.

<sup>18</sup> "Artículo 318. Procedencia y oportunidades. (...) Parágrafo. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente".

**NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS**

**INHABILIDAD POR PARENTESCO CON SERVIDOR PÚBLICO QUE EJERCE AUTORIDAD - Finalidad/ INHABILIDAD POR PARENTESCO CON SERVIDOR PÚBLICO QUE EJERCE AUTORIDAD - Presupuestos para que se configure/ INHABILIDAD POR PARENTESCO CON SERVIDOR PÚBLICO QUE EJERCE AUTORIDAD - Elementos que se deben probar para declarar la nulidad de la elección solicitada**

En busca de 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:

1) Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.

2) Cuando el referido funcionario haya 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.

Nota de Relatoría: Sobre el tema de salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos. Sentencias de cuatro de junio de 2009, Rad. 540012331000200700376 01 C. P. Filemón Jiménez Ochoa; de seis de mayo de 2013, Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. SECCIÓN QUINTA.

**AUTORIDAD CIVIL - Noción/AUTORIDAD CIVIL - La clase de decisión que establece la autoridad es la que determina el obrar del Estado/ AUTORIDAD CIVIL - La autoridad se ejerce por el solo hecho de detentarla**

La noción de autoridad civil ha sufrido grandes transformaciones, pues a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dotado con diverso contenido a esta acepción. No obstante lo anterior, en el año 2011 la Sala Plena de esta Corporación zanjó la discusión existente y señaló que: “Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 C. P., es una especie de la autoridad pública —como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras—, y consiste en el ejercicio de actos

de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil– como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil”.

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.

De la mano con la definición anterior, es necesario recordar que la Sala Electoral de esta Corporación ha entendido que el elemento de autoridad debe ser interpretado, de manera que pueda catalogarse como objetivo, es decir, que no es necesario verificar que efectivamente el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas para afirmar que ejerció autoridad, es decir, la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla.

Nota de Relatoría: Sobre la noción de autoridad civil. Sentencia de once de febrero de 2008, Rad. 11001-03-15-000-2007-00287-00- C. P. Enrique Gil Botero, reiterado sentencia del quince de febrero de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- C. P. Enrique Gil Botero. Sala Plena. Sobre la decisiones que determinan la autoridad civil. Sentencia de quince de febrero 2011 Rad. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI). Sobre el tema que la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla. Sentencia de cinco de junio de 2003, Rad. 3090; Sentencia de Julio catorce de 2005. Rad. 170012331000200301538-01 (3681) M. P. Reinaldo Chavarro Buriticá, sentencia de once de junio de 2009, Rad. 68001-23-15-000-2007-00677-02 C. P. María Nohemí Hernández Pinzón; sentencia de diecisiete de febrero de 2005 Rad. 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441) M. P. María Nohemí Hernández Pinzón y de seis de mayo de 2013 Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulados) C. P. Alberto Yepes Barreiro. SECCIÓN QUINTA

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por parentesco con servidor público que ejerce autoridad civil o política/INHABILIDAD POR PARENTESCO CON SERVIDOR PÚBLICO QUE EJERCE AUTORIDAD - Cargos ejercidos por los hermanos del representante no conllevan el ejercicio de autoridad ni civil ni política**

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si el demandado vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 5 del artículo 179 por haber tenido vínculos por matrimonio o de unión permanente, o de tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejercieron autoridad.

Respecto del señor Jesús Antonio Hurtado Pérez, de la revisión de las funciones que desempeñó en su calidad de “Director Territorial de Aburrá Norte” se puede concluir con toda claridad que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, pues en ningún momento dicho funcionario tuvo la potestad de desplegar actos de autoridad, es decir, dentro de los roles asignados no podía impartir órdenes, dictar instrucciones o adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para los habitantes del departamento de Antioquia, en otras palabras, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna.

A la misma conclusión se arriba al analizar el cargo de “Director Territorial” desde una óptica orgánica, pues la Sección después de estudiar la estructura de Corantioquia colige que el funcionario que ocupe dicha dignidad, está subordinado a la Dirección General, lo que significa que aquel no cuenta con la autonomía e independencia suficiente para proferir actos de autoridad que denoten en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos.

Tampoco se encuentra probado el ejercicio de autoridad política, debido a que ni de las funciones desempeñadas por el “Director Territorial” ni de la ubicación de dicho cargo en la estructura jerárquica de Corantioquia, se desglosa que en aquel empleo se hubiese podido desplegar actividades que lleven implícitas características propias de la autoridad política. Así las cosas, y teniendo en cuenta que no se acreditó que el cargo ocupado por Jesús Antonio Hurtado Pérez, hermano del demandado, fuese de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil o política se exime a la Sala de realizar el estudio del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior, pues la sola ausencia de uno de sus elementos configurativos es suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Para que prosperen las pretensiones de la demanda es necesario demostrar que en su calidad de funcionario público el hermano del demandado, pudo ejercer autoridad civil y/o política. (...) está acreditado que en el cargo de “Subsecretario de Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia”, el hermano del demandado no ejerció autoridad civil ni autoridad política. Ahora bien, corresponde a la Sección determinar si en el cargo de “Gerente en la Gerencia de Corregimientos de la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial”, el hermano del demandado ejerció autoridad civil y/o política que pueda viciar de nulidad la elección del señor Hurtado Pérez como Representante a la Cámara.

Una vez revisadas las funciones desempeñadas por Fredy Alberto Hurtado en el cargo de “Gerente de Corregimientos”, se concluye que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, porque las atribuciones asignadas, esto es “planear, gestionar, coadyuvar, formular, organizar, etc.”. no conllevan potestad de mando.

Tampoco de las funciones descritas se desprende el ejercicio de autoridad política, pues es evidente que en ningún momento el hermano del demandado tuvo la posibilidad de dirigir ni la Secretaría - Vicealcaldía de Gestión Territorial o el municipio de Medellín.

En síntesis, bajo la perspectiva tanto del criterio orgánico como del funcional se descarta que el cargo de “Gerente de Corregimientos” en el cual se desempeñó Fredy Alberto Hurtado, hermano del demandado, sea de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil o política, razón por la cual, nuevamente, se releva a la Sala de realizar el estudio del otro elemento constitutivo de la causal inhabilidad alegada, el relativo al factor temporal, toda vez que, se reitera, la ausencia de alguno de los elementos configurativos es suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00045-00

Actor: José Julio Arboleda Sierra

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso electoral de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La Demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano José Julio Arboleda Sierra interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E- 26 del 22 de marzo de 2014, por medio del cual se declaró electo al señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, para el período 2014-2018.

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

*“Primera. Que se declare que Óscar de Jesús Hurtado Pérez violó directa y flagrantemente los artículos 179 numeral 5 de la Constitución Nacional y el artículo 280 numeral 5 de la Ley 5ª de 1992, que consagran la prohibición para ser elegido congresistas a quienes tengan parientes hasta el tercer grado de consanguinidad ejerciendo autoridad civil o política.*

*Segunda: Que como consecuencia se declare la NULIDAD DE LA ELECCIÓN como Representante a la Cámara de representantes para el período 2014-2018, por el Departamento de Antioquia de ÓSCAR DE JESÚS HURTADO PÉREZ (...).”* (Mayúsculas propias del original).

**1.2. Los hechos**

En síntesis, el demandante expuso que la elección del señor Hurtado Pérez se encuentra viciada de nulidad debido a que se expidió en contravención de lo establecido en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución. Para el efecto indicó que:

1. El señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez fue elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, para el período constitucional 2014-2018.
2. El demandado tiene parentesco en el segundo grado de consanguinidad con los señores Jesús Antonio Hurtado Pérez y Fredy Alberto Hurtado Pérez.
3. El primero de ellos, esto es, el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez fungió como “*Director Territorial Aburrá Norte de Corantioquia*” hasta el 6 de diciembre de 2013. Por su parte, el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez se desempeñó como “*Subsecretario de Despacho en la Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín*” hasta el 3 de diciembre de 2013, y a partir del 5 de diciembre de dicha anualidad fue nombrado como “*Gerente adscrito a la Gerencia de Corregimientos, de la Secretaría -Vicealcaldía- de Gestión Territorial de Medellín*”, quien a la fecha de la contestación de la demanda, continuaba ejerciendo en dicho cargo.
4. Los hermanos del demandado ejercieron autoridad civil y política en un municipio que hace parte de la circunscripción electoral de Antioquia. Especialmente, el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez fungió, el día de las elecciones, como “*Gerente*” en una de las dependencias de la alcaldía de Medellín.

Por lo anterior, es claro para la parte actora que el señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez, no podía haber sido elegido Representante a la Cámara por encontrarse incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

**1.3. Las normas violadas y el concepto de violación**

En la demanda se afirma que el señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez se encuentra incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que: i) el demandado está emparentado en el segundo grado de consanguinidad con los señores Jesús Antonio y Fredy Alberto Hurtado Pérez; ii) el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez se desempeñó como “*Director Territorial Aburrá Norte de Corantioquia*”, cargo en el que ejerció autoridad civil y política

hasta el 6 de diciembre de 2013; iii) el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez ejerció como "Subsecretario de Despacho en la Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín" hasta el 3 de diciembre de 2013, y a partir del 5 de diciembre de dicha anualidad fue nombrado como "Gerente adscrito a la Gerencia de Corregimientos, de la Secretaría -Vicealcaldía- de Gestión Territorial de Medellín" cargo que desempeña en la actualidad lo cual, a juicio del demandante, denota que este último ejerció autoridad civil y "administrativa", razón por la cual el acto acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA.

El artículo invocado como violado indica:

*"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".*

A su vez, la causal de nulidad alegada consagra:

*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 o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.*

A juicio de la parte actora, el señor Hurtado Pérez estaba inhabilitado para ser elegido como congresista por incurrir en la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, en consideración a que los señores Jesús Antonio Hurtado Pérez y Fredy Alberto Hurtado Pérez, con quienes posee vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad, ejercieron "autoridad civil o política simultáneamente con la campaña política del candidato" y "en la misma jurisdicción del departamento de Antioquia".

La anterior situación, afirmó el accionante, vulnera la igualdad de oportunidades de los candidatos que aspiran al Congreso de la República y va en contravía del interés general como fin del Estado Social de Derecho.

Adujo entonces que el demandado no reunía los requisitos constitucionales y legales de elegibilidad, por lo que se configuraba la causal de nulidad consagrada en el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

## 2. Trámite procesal

Mediante auto del 16 de mayo de 2014, se inadmitió la demanda presentada por José Julio Arboleda, por no cumplir con los requisitos exigidos en la Ley.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda, el Despacho Ponente mediante auto del 27 de mayo de 2014 decidió admitirla y ordenó las notificaciones exigidas al efecto por el artículo 277 del CPACA.

## 3. La contestación de la demanda

### 3.1 El representante elegido

El señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez, por conducto de apoderado, hizo pronunciamiento expreso sobre los hechos y se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda.

Para sustentar su posición afirmó que: i) el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez ejerció como Director Territorial Aburrá Norte de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia –en adelante Corantioquia– hasta el 6 de diciembre de 2013, esto es, antes del día en el que se celebraron las elecciones e incluso días antes de la inscripción de la candidatura del demandado; (ii) el Señor Fredy Alberto Hurtado Pérez si bien se desempeñó como Subsecretario en la Secretaría de Gobierno de Medellín, lo cierto es que aquel presentó renuncia a dicho empleo el 3 de diciembre de 2013; (iii) el cargo que al momento de la elección del señor Hurtado Pérez como Representante a la Cámara, ejercía su hermano Fredy Alberto, no era de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil o política, pues dentro de sus funciones no se encuentran la posibilidad de realizar nombramiento de empleados, ni de suscribir contratos o imponer de multas o sanciones y iv) para el día de las elecciones, es decir, para el 9 de marzo de 2014 ninguna persona con parentesco con el demandado en los grados exigidos en la Constitución, fungía como funcionario público con ejercicio de autoridad civil o política.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que se encuentra acreditado que Óscar de Jesús Hurtado Pérez no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad alegada y por lo tanto, está plenamente facultado para fungir como Congresista de la República.

### 3.2 La Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado, esta entidad solicitó ser desvinculada del presente trámite y manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva".

#### 4. La audiencia inicial

El día 1º de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En efecto, frente a la petición de la Registraduría se estableció que la solicitud de desvinculación no podía prosperar, porque dicha entidad intervino en la adopción del acto demandado lo cual obligaba al juez a vincular a la entidad al proceso de la referencia, en aplicación del numeral segundo del artículo 277 del CPACA.

De estas decisiones 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.

#### 5. Los alegatos de conclusión

##### 5.1 La parte demandante

El demandante reiteró lo dicho en el escrito de la demanda y presentó además, en síntesis, los siguientes argumentos:

- i) Se encuentra plenamente probado el parentesco en el segundo grado de consanguinidad entre los señores Óscar de Jesús, Jesús Antonio y Fredy Alberto Hurtado Pérez de conformidad con los registros civiles de nacimiento obrantes en el proceso.
- ii) El señor Fredy Alberto Hurtado Pérez, el día de las elecciones, se desempeñó como *“Gerente adscrito a la Gerencia de Corregimientos de la Secretaría Vicealcaldía de Gestión Territorial de Medellín”*.
- iii) Uno de los hermanos del demandado, ejerció autoridad civil en el cargo de *“Gerente”* en la ciudad de Medellín, municipio que hace parte de aquellos que conforman la circunscripción electoral para el departamento de Antioquia.
- iv) El artículo 190 de la Ley 136 de 1994 establece que la dirección administrativa de los municipios radica, entre otros, en los *“gerentes”*.
- v) Para la determinar que se entiende por autoridad civil o política se aplican las definiciones consagradas en la Ley 136 de 1994

como criterio orgánico, independiente del funcional, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado calificó el cargo de *“gerente”* como aquellos en los cuales se puede ejercer autoridad civil o política.

- vi) Preciso que en sentencia del 21 de agosto de 2012 con radicado 11001031500020110025400 la Sala Plena del Consejo de Estado en el marco de una acción de pérdida de investidura determinó que *“basta con desempeñar uno de los cargos señalados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, para considerar válidamente que el servidor que sea o haya sido su titular ejerció autoridad política, de manera tal que resulta innecesario establecer su marco funcional o la ejecución material que entrañen el ejercicio de autoridad política para acreditar la violación del régimen de inhabilidades (...)”*<sup>1</sup>.
- vii) A juicio del accionante, lo anterior es suficiente para entender que el cargo desempeñado por el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez es de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil, pues incluso si escogiera el criterio funcional, también se encuentra acreditado que el hermano del demandado tiene dentro de sus competencias la planeación de inversiones en el orden territorial, facultad que tiene la potencialidad de influenciar al electorado.
- viii) Finalmente, señaló que el ejercicio de autoridad se realizó el 9 de marzo de 2014, esto es, el día en el que se celebraron los comicios.

Con fundamento en los anteriores argumentos, insistió en la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26, por medio del cual se declaró electo a Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia.

##### 5.2 La parte demandada

El demandado, por medio de apoderado, presentó alegatos de conclusión en los cuales adujo, nuevamente, que el acto por medio cual se declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia no se encuentra viciado de nulidad, toda vez que, está plenamente probado en el expediente que ninguno de los hermanos del señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez fungió como funcionario público con autoridad civil o política

Afirmó que el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez, el día de las elecciones no detentaba ningún cargo en el sector público.

<sup>1</sup> La cita traída a colación por el actor hace referencia a la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 21 de agosto de 2012, radicado N° 11001031500020110025400 (PI) C. P. Hernán Andrade Rincón.

Igualmente, señaló que el empleo en el cual se desempeñó el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez no es de aquellos en los cuales se pueda ejercer autoridad civil, porque de sus funciones no se deriva potestad de mando, ni facultad nominadora o sancionatoria ni capacidad para adjudicar, liquidar o suspender contratos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

### 5.3 La Registraduría Nacional del Estado Civil

Con base en idénticos argumentos a los expuestos en la contestación de la demanda, y pese a que la excepción planteada fue resuelta negativamente en la audiencia inicial según consta a folio 154, esta entidad pidió: i) ser desvinculada del proceso y ii) que se declare la "falta de legitimación en la causa por pasiva".

## 6. El concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 15 de octubre de 2014, el Procurador 7° delegado ante el Consejo de Estado, solicitó acceder a las súplicas de la demanda, ya que a su juicio, el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

Para el efecto, en primer lugar hizo alusión a las providencias de la Sección que han abordado el tema de la autoridad civil, para posteriormente analizar la causal de inhabilidad respecto a la situación de cada uno de los hermanos del demandado así:

### a) Respecto del señor Jesús Antonio Hurtado Pérez

Expuso el Ministerio Público que la jurisprudencia tanto de la Sección Quinta como de la Sala Plena del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que el factor temporal de la inhabilidad hace alusión al día de las elecciones y por ello la inhabilidad solo se presenta si la autoridad se ejerce de manera simultánea a la votación.

Teniendo en cuenta la premisa anterior y atendiendo a las pruebas obrantes en el proceso, concluyó que el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez presentó renuncia al cargo que desempeñaba el día 3 de diciembre de 2013, esto es, un día diferente y anterior al día en el que se celebraron las elecciones y por ello, respecto de aquel no puede entenderse configurada la causal de inhabilidad.

### b) Respecto del señor Fredy Alberto Hurtado Pérez

Indicó la vista fiscal que de los documentos obrantes en el plenario se desprende con claridad que el citado señor: i) es hermano del demandado, ii) el día de las elecciones se desempeñó como funcionario público, iii) el cargo que ocupaba era de aquellos del nivel directivo, de libre

nombramiento y remoción y sus funciones estaban orientadas a la dirección general y a la formulación de proyectos relacionados con el bienestar general de la población pertenecientes a los corregimientos de la ciudad de Medellín.

A juicio del Ministerio Público las funciones que en el cargo de "gerente" ejerció el señor Fredy Alberto Hurtado hermano del demandado "son manifestaciones del ejercicio de autoridad civil a que se refiere el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución política, por cuanto en desarrollo de las mismas es claro que toma decisiones o por lo menos tiene injerencia en la toma de las mismas, así como también las ejecuta, no de otra forma es posible el logro de los cometidos y fines que se le asignan como propósito. Además es claro que por razón de la ubicación del cargo dentro de la estructura administrativa del municipio se trata de uno de aquellos que se encuentra en la cúspide de la misma a los que como se indicó corresponde la toma de decisiones y la ejecución de las mismas" (Negrillas propias del original).

Conforme a lo expuesto, concluyó que se encuentran acreditados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada y por ello, solicitó que se declare la nulidad de la elección del señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA<sup>2</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, toda vez que, la demanda ataca la legalidad del acto contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró la elección de Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia.

### 2. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial<sup>3</sup>, si el demandado vulneró

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". (Subrayas fuera de texto).

3 Folio 157 del Expediente.

el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 5 del artículo 179 por haber tenido vínculos por matrimonio o de unión permanente, o de tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejercieron autoridad<sup>4</sup>.

## 2.1 La inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 constitucional

En busca de 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<sup>5</sup>, así como para salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos<sup>6</sup>, 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:

1. Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.
2. Cuando el referido funcionario haya 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 indica la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...).”*<sup>7</sup>

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien pretenda

<sup>4</sup> Expresamente en la audiencia inicial se estableció que: *“el litigio se centraría en establecer si el demandado incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior por haber tenido vínculo de parentesco con un funcionario que presuntamente ejerció autoridad civil y política”.*

<sup>5</sup> Gaceta Constitucional N° 79 pág. 16

<sup>6</sup> En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700576 01 C. P. Filemón Jiménez Ochoa y 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.

<sup>7</sup> Calderín Osorio, Ana Carolina. Manual de Inhabilidades Electorales: Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, 2014, pág. 118.

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.

## 2.2 El caso concreto

Tal y como se describió en los antecedentes de esta providencia, a juicio del demandante, la inhabilidad se configuró porque dos (2) hermanos del demandado ejercieron autoridad civil favoreciendo su elección como Congresista.

Por ello, para determinar si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada, la Sala analizará de manera independiente la situación del señor Jesús Antonio Hurtado Pérez y Fredy Alberto Hurtado Pérez, como presuntos parientes del representante elegido.

### 2.2.1 Respecto del señor Jesús Antonio Hurtado Pérez

Para determinar si se configuró la inhabilidad es menester analizar en estricto orden si frente al señor Jesús Antonio Hurtado Pérez se acreditó: i) el parentesco o vínculo, ii) la calidad de funcionario público, iii) el ejercicio de la autoridad civil y/o política y finalmente iv) el factor temporal de la inhabilidad.

#### 2.2.1.1. La existencia del vínculo o parentesco

La prueba para acreditar el parentesco se decretó en el desarrollo de la audiencia inicial tal y como consta a folio 159 del expediente. Aquella fue aportada por el demandante mediante memorial del 28 de octubre de 2014.

Pues bien, una vez analizados los registros civiles de nacimiento de Óscar de Jesús Hurtado Pérez (demandado) y de Jesús Antonio Hurtado Pérez (hermano del demandado), es claro para la Sala que estas dos personas son parientes en el segundo grado de consanguinidad, puesto que son familiares que descienden de un mismo tronco común, al tener como padres al señor Francisco Luis Hurtado y a la señora Cesarina Pérez. (Fls. 177 y 178).

En suma, se encuentra plenamente acreditado el vínculo por parentesco en segundo grado de consanguinidad entre Óscar de Jesús Hurtado Pérez y Jesús Antonio Hurtado Pérez, satisfaciendo así el primer requisito que impone la norma para la configuración de la causal de inhabilidad.

#### 2.2.1.2. La calidad de funcionario público del pariente

En el expediente obra prueba documental en copia simple en la que consta que:

1. Jesús Antonio Hurtado Pérez fue nombrado como Director Territorial Aburrá Norte de Corantioquia mediante Resolución N° 16705 del 2 de marzo de 2012, cargo del cual tomó posesión el 3 de marzo del referido año. (Fl. 17)
2. El citado ciudadano presentó renuncia a su empleo el 3 de diciembre de 2013 (Fl. 19).
3. Mediante Resolución N° 040-1312 del 5 de diciembre de 2013 el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, aceptó dicha dimisión a partir del 6 de diciembre de 2013. (Fl. 19)

Así las cosas, como quiera que el artículo 215 del CPACA en concordancia con el artículo 246 de C. G. P. da plena validez a los documentos obrantes en copia simple y teniendo en cuenta la noción que de funcionario público ha adoptado esta Sección<sup>8</sup>, se puede afirmar que el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez, hermano del hoy demandado ostentó la calidad de funcionario público desde el 3 de marzo de 2012, fecha de su posesión, hasta el 6 de diciembre del referido año día en la que se hizo efectiva su renuncia.

### 2.2.1.3. El ejercicio de la autoridad civil o política

Como se mostró en precedencia está plenamente demostrado que el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez se desempeñó como servidor público.

Bajo este panorama corresponde a la Sala examinar si el empleo en el que fungió el hermano del demandado, es de aquellos dotados con la posibilidad de ejercer autoridad civil y/o política, lo anterior, toda vez que estas son las formas de autoridad que se encuentran proscritas por la causal de inhabilidad endilgada al representante elegido.

Sea lo primero advertir, que la noción de autoridad civil ha sufrido grandes transformaciones, pues a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dotado con diverso contenido a esta acepción. No obstante lo anterior, en el año 2011 la Sala Plena de esta Corporación zanjó la discusión existente y señaló que:

*"Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 CP., es una especie de la autoridad pública -como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación*

<sup>8</sup> 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. En dichas providencias se estableció 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

*de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general -expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal -expresión endógena de la autoridad civil".<sup>9</sup>* (Subrayas fuera de texto).

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<sup>10</sup>.

De la mano con la definición anterior, es necesario recordar que la Sala Electoral de esta Corporación ha entendido que el elemento de autoridad debe ser interpretado, de manera que pueda catalogarse como objetivo, es decir, que no es necesario verificar que efectivamente el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas para afirmar que ejerció autoridad, es decir, **la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla<sup>11</sup>**.

Una vez hechas las anteriores precisiones la Sala verificará, desde la perspectiva del criterio funcional, si el señor Jesús Antonio ejerció autoridad civil al ocupar la dignidad de "Director Territorial".

A folio 17 del expediente obra oficio N° 150TH/150TH-1404-58/1405-1844 del 5 de mayo de 2014 en el cual Corantioquia, en respuesta a un derecho de petición presentado por el accionante, describió las funciones que el señor Jesús Antonio Hurtado desempeñó en el cargo de "Director Territorial Aburrá Norte", en este documento se lee que el propósito principal de aquel cargo es:

*"Desarrollar el objeto corporativo de Corantioquia en el área de su jurisdicción, a través de la administración efectiva de los recursos humanos, físicos y económicos de la Dirección Territorial, orientando la gestión ambiental, de manera integral*

<sup>9</sup> 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)- C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>10</sup> Esta Corporación en sentencia del 15 de febrero 2011 radicado n° 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- señaló que no es cualquier clase de decisión la que configura la autoridad civil, sino solamente aquellas que "determinan el obrar mismo del Estado" y que su ejecución o puesta en práctica demuestra el control que se ejerce sobre la administración, los ciudadanos y los demás funcionarios.

<sup>11</sup> En este sentido se ha pronunciado la Sección en, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 5 de junio de 2003, Expediente N° 3090; Consejo de Estado Sección Quinta, Sentencia de Julio 14 de 2005. Expediente: 170012331000200301538-01 (3681) C. P. Reinaldo Chavarro Buritica; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2009 radicación n° 68001-23-15-000-2007-0067702 C. P. María Nohemí Hernández Pinzón; Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente, sentencia de 17 de febrero de 2005 radicación n° 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441) María Nohemí Hernández Pinzón y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicación: 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado) C. P. Alberto Yepes Barreiro.

*en materia de oferta, demanda y educación sobre los recursos naturales, especialmente ejecutando los procedimientos y trámites administrativos internos para liderar el ejercicio de la autoridad ambiental y todos sus componentes". (Fl. 17)*

En el mismo texto se transcriben trece "funciones esenciales" que son inherentes al cargo de "Director Territorial". En efecto, se observa que dicho cargo tiene adscritas las siguientes tareas:

- Dirigir y planear actividades y proyectos para la inversión ambiental. (Función 1-2-3).
- Asesorar a los municipios que conforman la jurisdicción de Corantioquia en gestión ambiental, en temas relacionados con POT y en proyectos tecnológicos para el mejoramiento del medio ambiente, propiciando la interlocución de los municipios con la Corporación Autónoma Regional. (Funciones 4-6-7-8).
- Promover y realizar actividades relacionadas con la cultura ambiental, con el fortalecimiento Institucional y el muestreo del sistema de gestión de calidad en la corporación. (Funciones 5-9-10).
- Presentar informes de acuerdo a su gestión y los que le sean requeridos por la Dirección General. (Función 12).
- Ejercer interventoría, control y seguimiento a contratos y actividades tendientes a desarrollar el objeto de Corantioquia. (Función 11).
- Las demás que se sean asignadas. (Función 13).

Entonces de la revisión de las funciones que desempeñó el señor Jesús Antonio Hurtado en su calidad de "Director Territorial de Aburrá Norte" se puede concluir con toda claridad que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, pues en ningún momento dicho funcionario tuvo la potestad de desplegar actos de autoridad, es decir, dentro de los roles asignados no podía impartir ordenes, dictar instrucciones o adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para los habitantes del Departamento de Antioquia, en otras palabras, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna.

A la misma conclusión se arriba al analizar el cargo de "Director Territorial" desde una óptica orgánica, pues la Sección después de estudiar la estructura de Corantioquia colige que el funcionario que ocupe dicha dignidad, está subordinado a la Dirección General<sup>12</sup>, lo que significa que aquel no cuenta con la autonomía e independencia suficiente para proferir actos de autoridad que denoten en su ejecución control

<sup>12</sup> Así se desprende del artículo 10 del Acuerdo 251 del 9 de marzo de 2007 proferido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia el cual puede consultarse en el siguiente enlace electrónico <http://www.corantioquia.gov.co/images/stories/pdf/Acuerdo-251-de-2007.pdf>

sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos.

En síntesis, ni de desde el punto de vista orgánico, ni desde el funcional, el señor Jesús Antonio Hurtado Pérez ejerció autoridad civil.

Ahora bien, para determinar si en el cargo de "Director Territorial de Aburrá Norte" se ejerció autoridad política es necesario resaltar que la jurisprudencia ha considerado que: i) aunque la Ley 136 de 1994 en su artículo 189 no definió que se entiende por autoridad política, la enunciación que se hace en dicha disposición legal es un referente para construir el citado concepto<sup>13</sup>; ii) los cargos que ahí se describen son equiparables, en sus justas proporciones, a los empleos del orden nacional, departamental y distrital y iii) de la interpretación del artículo 189 de la Ley 136 de 1994 se desprende que la autoridad política es autónoma de la autoridad civil y es la "atañe al manejo del Estado"<sup>14</sup>.

De las anteriores definiciones se concluye que tampoco se encuentra probado el ejercicio de autoridad política, debido a que ni de las funciones desempeñadas por el "Director Territorial" ni de la ubicación de dicho cargo en la estructura jerárquica de Corantioquia, se desglosa que en aquel empleo se hubiese podido desplegar actividades que lleven implícitas características propias de la autoridad política.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que no se acreditó que el cargo ocupado por Jesús Antonio Hurtado Pérez, hermano del demandado, fuese de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil o política se exime a la Sala de realizar el estudio del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior, pues la sola ausencia de uno de sus elementos configurativos es suficiente para negar las pretensiones de la demanda. Al menos en lo que respecta al primero de sus hermanos se refiere.

<sup>13</sup> Dicha afirmación fue prolijada en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de agosto de 2002, radicado PI-025 y la misma fue reiterada por la Sala Plena en sentencia del 15 de febrero de 2011, en el proceso 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI) con ponencia de Enrique Gil Botero al señalar que la Ley 136 de 1994 en su artículo 189 definía "los contornos" de esta clase de autoridad.

<sup>14</sup> La primera vez que se adoptó esta afirmación fue en un concepto proferido el 5 de noviembre de 1991 por la Sala de consulta y Servicio Civil bajo el radicado N° 413 en el cual se afirmó que: "Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado". Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo replicó dicha tesis en sentencia del febrero de 2000 radicado interno 2634 oportunidad en la que aseveró que: "En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado (...)". Lo anterior fue reiterado por esta Corporación en sentencia de 27 de agosto de 2002 radicado n.º PI-025 así: "(...) la autoridad política que, como ya se consignó, está limitada a quienes dirigen el Estado". Bajo la misma línea argumental en sentencia del 16 de septiembre de 2003 radicado n.º 2003 - 0267(PI) se precisó que: "Por su parte, la autoridad política es también autoridad civil, pero circunscrita a la que ejercen quienes dirigen el Estado". Finalmente, esta tesis fue corroborada en sentencia del 15 de febrero de 2011 radicado 2010-1055 (PI), en donde se recopilaron todos estos antecedentes y se señaló que "esa clase de autoridad [se refiere a la política] goza de autonomía y por eso es distinta de la autoridad civil.

## 2.2.2 Respecto del señor Fredy Alberto Hurtado Pérez

Ahora bien en lo que concierne a la situación del señor Fredy Alberto Hurtado Pérez, la Sección procede a analizar en estricto orden si se encuentran probados los elementos que configuran la inhabilidad de ejercicio de autoridad civil o política por parte de pariente.

### 2.2.2.1. La existencia del parentesco o del vínculo

De conformidad con los registros civiles de nacimiento obrantes a folios 177 y 179, respectivamente, se colige que Óscar de Jesús Hurtado Pérez y Fredy Alberto Hurtado Pérez son parientes en el segundo grado de consanguinidad ya que son hijos de los mismos padres.

### 2.2.2.2. La calidad de funcionario público

En el expediente obra certificación expedida por la Subsecretaría de Talento Humano de la Alcaldía de Medellín en la que consta que desde el 16 de julio de 2012 hasta la fecha de suscripción del documento, esto es 5 de agosto de 2014, el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez ha prestado sus servicios en las diferentes dependencias de la alcaldía de Medellín de la siguiente manera<sup>15</sup>:

- Desde el 9 de enero de 2013 hasta el 4 de diciembre de 2013 ejerció en el cargo de Subsecretario de Despacho de la Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia de la Secretaría de Gobierno y Derechos Humanos.
- Desde el 5 de diciembre de 2013 hasta el 5 de agosto de 2014 fungió en el cargo de Gerente en la Gerencia de Corregimientos de la Secretaría- Vicalcaldía de Gestión Territorial.

En suma, es claro para la Sala que el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez fungió como funcionario público desde el 16 de julio de 2012 hasta el 5 de agosto de 2014.

### 2.2.2.3. El ejercicio de la autoridad civil o política

Para que prosperen las pretensiones de la demanda es necesario demostrar que en su calidad de funcionario público el hermano del demandado, pudo ejercer autoridad civil y/o política.

Como en el caso concreto se evidenció que el señor Fredy Alberto desempeñó dos cargos diferentes en la administración municipal, la Sección procederá al análisis individualizado de cada uno de esos empleos con el objetivo de establecer si en alguno de ellos se presentó autoridad civil y/o política.

#### • Ejercicio de autoridad civil o política en el cargo de Subsecretario de Despacho de la Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia de la Secretaría de Gobierno y Derechos Humanos

Tal y como quedó probado en el acápite inmediatamente anterior el hermano del demandado hasta días previos a la

inscripción de la candidatura del señor Óscar de Jesús Hurtado Pérez como congresista, ejerció como “*Subsecretario de Despacho*” en una Subsecretaría de la Alcaldía de Medellín.

Para determinar si las funciones desempeñadas por Fredy Alberto Hurtado en el citado cargo comportan ejercicio de autoridad civil y/o política, es necesario recordar las precisiones efectuadas en el acápite 2.2.1.3 de esta providencia, esto es, que la autoridad civil es aquella potestad de mando, decisión o de dirección que, en virtud de su cargo, posee un servidor público y que la autoridad política hace referencia al “*manejo o dirección del Estado*”.

Bajo este panorama, procede la Sala a examinar las funciones asignadas al señor Fredy Alberto Hurtado como “*Subsecretario de la Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia*” de la Secretaría de Gobierno y Derechos Humanos”.

Mediante certificación del 5 de agosto de 2014 la Subsecretaría de Talento Humano de la Alcaldía de Medellín, da fe que del 9 de enero de 2013 y hasta el 4 de diciembre del mismo año el señor Fredy Alberto Hurtado fungió como “*Subsecretario de la Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia de la Secretaría de Gobierno y Derechos Humanos*”, cargo del nivel directivo, de libre nombramiento y remoción, ejerció el siguiente “*propósito principal*”:

*“Gestionar, planear, coordinar y controlar políticas, planes, programas y proyectos que garanticen de manera integral la promoción de la convivencia ciudadana, mediante la implementación de estrategias, modelos, métodos, instrumentos y herramientas, con el propósito de atender lo reglamentado por las normas vigentes en lo concerniente al subproceso de Gestión de Servicios de justicia y alcance del plan de desarrollo”<sup>16</sup>.*

En este mismo texto, se especifican una serie de funciones que desarrollan y profundizan el propósito anteriormente transcrito. Estas se pueden sintetizar y agrupar de la siguiente manera:

- i) Las relacionadas con la planeación, gestión, supervisión y proposición dentro de las que se encuentran las siguientes actividades “*formular políticas de gestión; planear lineamientos de estrategias que persigan los objetivos formulados por la Subsecretaría de Gobierno local; organizar y gestionar los recursos asignados a esa dependencia, asegurar el cumplimiento de políticas asignados a la dependencia; gestionar riesgos; realizar seguimiento y supervisión a los procesos contractuales mediante el uso de herramientas gerenciales, mantener y mejorar el sistema de gestión, participar en las sesiones relacionadas con las funciones de la subsecretaría*”.<sup>17</sup> (Funciones 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9).

<sup>16</sup> Folio 128 del Expediente.

<sup>17</sup> Reverso del folio 128 del Expediente.

<sup>15</sup> Folio 126 a 131 del Expediente.

ii) La concerniente a la organización y gestión de bienes y recursos asignados a la Subsecretaría de Gobierno Local y convivencia, para la ejecución del plan de desarrollo. (Función N° 3).

Revisado lo anterior se infiere, desde la perspectiva funcional, sin lugar a dudas, que dicho cargo NO conlleva el ejercicio autoridad civil o política, pues en ningún momento su titular tiene la facultad de ejercer actos de mando o de policía administrativa de obligatorio cumplimiento para los habitantes de Medellín, ni mucho menos tuvo a su cargo la dirección de la entidad territorial o de la Secretaría en la que se desempeñó.

Esta misma conclusión, es plenamente aplicable a la función relacionada con la *“organización y gestión de bienes y recursos”* porque: i) el verbo *“organizar”* no lleva implícita ninguna potestad de mando sobre los ciudadanos, la administración o los funcionarios en general y tampoco implica la posibilidad de adoptar decisiones de ninguna clase y ii) los términos en los cuales está redactada la función permiten concluir que el titular del cargo administra recursos, **previamente concedidos a la dependencia**, y vela porque aquellos se destinen a la finalidad para la cual fueron asignados, estos es, la materialización de plan de desarrollo del municipio<sup>18</sup>, lo que impone concluir, necesariamente, que el funcionario tampoco tiene incidencia en la destinación de los mismos.

La anterior conclusión se refuerza, si en uso del criterio orgánico, se analiza el Decreto Municipal N° 1364 y 1525 de 2012 *“Por el cual se adopta la Estructura de la administración municipal, se definen las funciones de sus organismos y dependencias, se crean y modifican una entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*, pues en él se observa que el empleo que desempeñó el hermano del demandado, pertenece a una dependencia de la Secretaría de Gobierno y Derechos Humanos, la cual a su vez está subordinada a las directrices a la alcaldía municipal<sup>19</sup>. Lo anterior, significa que el señor Fredy Alberto como *“subsecretario del despacho”* estaba despojado de cualquier facultad de mando, dirección o de actividad alguna que comportara el ejercicio de autoridad civil o política.

En suma, está acreditado que en el cargo de *“Subsecretario de Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia”*, el hermano del demandado no ejerció autoridad civil ni autoridad política.

• **Ejercicio de autoridad civil o política en el cargo de Gerente en la Gerencia de Corregimientos de la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial.**

<sup>18</sup> En efecto el tenor literal de la citada función establece *“Organizar y gestionar los bienes y recursos que han sido asignados a la dependencia para organizar el cumplimiento de los fines del estado y la ejecución del Plan de desarrollo, relacionado con el subproceso de gestión de servicios de justicia, buscando satisfacer las necesidades de los ciudadanos y mejorar la prestación de los servicios en el marco del desarrollo organizacional”*. (Fol. 128 del Expediente).

<sup>19</sup> Así se puede corroborar en el artículo 71 del citado decreto, el cual por su extensión no se transcribe en esta providencia.

Ahora bien, corresponde a la Sección determinar si en el cargo de *“Gerente en la Gerencia de Corregimientos de la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial”*, el hermano del demandado ejerció autoridad civil y/o política que pueda viciar de nulidad la elección del señor Hurtado Pérez como Representante a la Cámara.

A juicio del actor, en el caso concreto para probar el ejercicio de autoridad, no es necesario analizar las funciones que fueron encomendadas al señor Fredy Alberto Hurtado, toda vez que, el cargo de *“gerente”* es de aquellos en los cuales, según el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, se ejerce la *“dirección administrativa”* del municipio, y por ello es un empleo en el cual el funcionario puede ejercer autoridad civil.

La norma citada por el demandante consagra:

**“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 subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que bagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”*. (Subrayas fuera de texto).

No obstante, de la lectura de la anterior disposición normativa la Sala concluye que no es acertada la posición de la parte actora, debido a que dicho artículo hace referencia a los gerentes **pero de las entidades descentralizadas a nivel municipal**, sin que la *“Gerencia de Corregimientos”* en la cual se desempeña el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez pertenezca a esta clase de entidades, pues como se desprende de la estructura de la administración de Medellín contenida en el Decreto Municipal N° 1364 de 2012 aquella dependencia se encuentra vinculada a la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial, la cual es una secretaría perteneciente al sector central de municipio<sup>20</sup>.

Así las cosas, es necesario remitirse al criterio funcional para determinar si Fredy Alberto Hurtado ejerció o no autoridad civil o política, de forma tal que pueda viciar de nulidad la elección

<sup>20</sup> Según el artículo 19 del Decreto Municipal N° 1364 de 2012 pertenecen al sector central las Secretarías de Despacho. De la misma forma el artículo 228 del mismo decreto señala: *“(…) la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial es un organismo del nivel central”*.

de Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara.

En los elementos probatorios obrantes en el proceso se encuentra certificación expedida el 11 de agosto de 2014 por la Subsecretaría de Talento Humano de Medellín en la que se da fe que el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez en ejercicio del cargo del Gerente en la "Gerencia de Corregimientos", al momento de elaborar dicho documento, no tenía asignada ninguna de las siguientes facultades: "no ejerce el poder público ni tiene la facultad para la compulsión o coacción por medio de la fuerza pública, no nombra ni remueve libremente a ningún empleado, no sanciona a ningún empleado ni puede suspender, multar o destituir, (...)"<sup>21</sup>.

De igual manera dicha dependencia da cuenta que el cargo en el cual el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez se desempeñó desde el 5 de diciembre de 2013 hasta la fecha de expedición de la certificación, corresponde al nivel directivo de la "Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial" y es de libre nombramiento y remoción<sup>22</sup>.

En dicho escrito la Subsecretaría de Talento Humano describe las funciones generales del empleo. Aunque la Sala que observa los términos en las cuales se encuentran redactadas las actividades realizadas por el "Gerente de Corregimientos" son abstractos y amplios ello no es óbice para que aquellas puedan ser agrupadas de la siguiente manera:

- i) Las referidas a la planeación gestión, formulación de políticas públicas para la población habitante de los corregimientos de Medellín contenidas en las "funciones esenciales" N° 1-2-4-6.
- ii) Las relacionadas con la supervisión y control, mediante herramientas gerenciales, tanto de proyectos contractuales como de los recursos asignados por el plan territorial de desarrollo a los corregimientos, consagradas en las funciones número 3 y 5.
- iii) La referente a la participación en comités y demás reuniones relacionadas con la toma de decisiones respecto a los proyectos a realizarse en los corregimientos del municipio, establecida en la función N° 7.
- iv) Finalmente, la genérica contemplada en el numeral 8° y en la cual se afirma que dicho funcionario debe: "8. desempeñar las demás funciones asignadas por su Jefe inmediato de acuerdo con el nivel, naturaleza y el área de desempeño del cargo".<sup>23</sup> (Subrayas fuera de texto).

21 Folio 125 del Expediente.

22 Reverso del Folio 129 del Expediente.

23 Reverso del Folio 130 del Expediente.

Así las cosas y una vez revisadas las funciones desempeñadas por Fredy Alberto Hurtado en el cargo de "Gerente de Corregimientos", se concluye que ninguna de ellas comporta ejercicio de autoridad civil, porque las atribuciones asignadas, esto es "planear, gestionar, coadyuvar, formular, organizar, etc." no conllevan potestad de mando pues las acciones desarrolladas son actividades de apoyo profesional<sup>24</sup>, que desde la "Gerencia de Corregimientos" se realizan para el logro de los objetivos fijados por la "Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial" y a su vez los instituidos por la Alcaldía de Medellín.

Tampoco de las funciones antes descritas se desprende el ejercicio de autoridad política, pues es evidente que en ningún momento el hermano del demandado tuvo la posibilidad de dirigir ni la Secretaría-Vicealcaldía de Gestión Territorial o el municipio de Medellín.

Por otro lado, es pertinente anotar que las labores de seguimiento, supervisión, control, gestión de recursos, "no implican, por esta sola característica terminológica, que constituyan funciones que conlleven, que tengan inmerso o implícito -per se- autonomía con poder en función de mando que incluya posibilidad de coerción"<sup>25</sup>, pues como se precisó dichas acciones se realizan mediante el uso de herramientas gerenciales.

Igualmente es claro, que dicho funcionario carece de autonomía porque aquel depende de las pautas dictadas por su "jefe inmediato". En síntesis, bajo la óptica del criterio funcional es claro que el señor Fredy Alberto Hurtado Pérez no ejerció autoridad civil ni política.

A su vez, atendiendo al criterio orgánico encontramos que el cargo en el cual el señor Fredy Alberto Hurtado se desempeñó, no es de aquellos que se hallen en la cúspide jerárquica de la administración municipal. En efecto, al consultar el Decreto Municipal N° 1364 y 1525 de 2012 publicado en la Gaceta N° 4087 de septiembre 9 de 2012 se observa que:

**"Artículo 71. Estructura de la Administración Pública Municipal.** La Estructura de la Administración Pública del Municipio de Medellín, estará conformada así:

(...)

SECTOR ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN TERRITORIAL

## 28. Secretaría Vicealcaldía de Gestión Territorial

### 28.1 Gerencia de Corregimientos.

24 En el mismo sentido Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Sentencia del 30 de noviembre de 2010. Radicación 23001-23-31-000-2008-00087-03 y 2008-00089-02 (acumulados) C. P. doctora Susana Buitrago Valencia.

25 *Ibidem*.

28.2 Gerencia del Centro.

28.3 Gerencia Territorial Zona 1.

28.4 Gerencia Territorial Zona 2.

28.5 Gerencia Territorial Zona 3.

28.6 Gerencia Territorial Zona 4.

28.7 Gerencia Territorial Zona 5.

28.8 Gerencia Territorial Zona 6.

Parágrafo. La relación de las entidades descentralizadas indirectas, asignadas a la respectiva Secretaría de despacho Vicealcaldía, complementa el control administrativo que se hace a través de las juntas y consejos directivos<sup>26</sup>.

Así pues es obvio, que el “Gerente de Corregimientos” si bien es un cargo de dirección dentro de la Secretaría de Gestión Territorial, aquel funcionario que lo ocupe no tiene la suficiente autonomía para tomar decisiones independientes o discrecionales, debido a que sobre él se encuentra como superior jerárquico el Secretario - Vicecalde de la Gestión Territorial quien sí tiene facultades de mando, pues dentro de las funciones a él asignadas se encuentran: “Celebrar convenios de desempeño, control administrativo o delegación con las entidades descentralizadas, Coordinar la ejecución de las actividades y el cumplimiento de las responsabilidades de los organismos o dependencias centrales y las entidades descentralizadas, que integran el Sector Administrativo a su cargo y rendir cuentas al respecto al Alcalde<sup>27</sup> entre otras.

Por su parte el Secretario-Vicecalde de la Gestión Territorial, debe seguir las directrices dictadas por el alcalde de Medellín, el cual por disposición de la Ley 136 de 1994 ejerce autoridad civil y política en el orden municipal.

De lo anterior, se colige que incluso analizando la situación desde bajo el punto de vista orgánico tampoco es viable afirmar que el hermano del demandado ejerció autoridad civil o política.

En síntesis, bajo la perspectiva tanto del criterio orgánico como del funcional se descarta que el cargo de “Gerente de Corregimientos” en el cual se desempeñó Fredy Alberto

Hurtado, hermano del demandado, sea de aquellos en los cuales se ejerce autoridad civil o política.

Del análisis expuesto la Sala concluye que ni en el cargo de “Subsecretario de Gobierno Local y Convivencia” ni en el de “Gerente de Corregimientos” el señor Fredy Alberto ejerció autoridad civil o política, razón por la cual, nuevamente, se releva a la Sala de realizar el estudio del otro elemento constitutivo de la causal inhabilidad alegada, el relativo al factor temporal, toda vez que, se reitera, la ausencia de alguno de los elementos configurativos es suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

### 3. Conclusión

En atención a las consideraciones expuestas en precedencia, la Sección concluye que no se encuentran acreditados 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 Óscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma 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,

#### FALLA

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por José Julio Arboleda Sierra.

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**

26 La información pertinente se puede consultar en la siguiente dirección electrónica: <http://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpecontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Nuestro%20Gobierno/Secciones/Informaci%C3%B3n%20General/Documentos/2012/Gaceta%204087%20-%20Decreto%201364-%20Estructura%20Admon.pdf> o en la siguiente página web: <http://www.medellin.gov.co/irj/portal/ciudadanos?NavigationTarget=navurl:/c37690e41d956beb7c1bd97d9dbb2a37>

27 Las funciones se encuentran disponibles en el siguiente link: <http://www.medellin.gov.co/irj/portal/ciudadanos?NavigationTarget=navurl:/910cd3634b24ca3ae6c77c31b0ed3ba>

**LEY 1437 DE 2011 - Aclaración de la sentencia electoral - ACLARACION DE LA SENTENCIA ELECTORAL - Sólo es permitida para concretar conceptos o enmendar frases que ofrezcan serias dudas, siempre que integren la parte resolutive o influyan directamente en ella**

El artículo 290 del CPACA consagra la posibilidad de aclarar la sentencia electoral. Para el efecto dispuso: Artículo 290. Aclaración de la sentencia. Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notifica <sic>, 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. No obstante, como se observa del texto transcrito, el CPACA no delimitó ni enunció los temas sobre los cuales el juez puede realizar aclaración de la sentencia. En consecuencia, es oportuno remitirnos al Código General del Proceso que sobre la materia establece que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Esa misma codificación indica que aquella "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". Según los preceptos antes reproducidos, "la aclaración sólo es permitida para concretar conceptos o enmendar frases que ofrezcan serias 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". Lo anterior quiere decir, que los temas objeto de aclaración de la sentencia no son ilimitados, comoquiera que no se trata de un recurso o un instrumento mediante el cual se pueda mostrar la inconformidad de alguna de las partes con la sentencia adoptada, en consecuencia está vedado plantear argumentos nuevos a fin de condicionar o modificar la decisión adoptada. Por el contrario, el objeto de la aclaración es permitir al juez dar mayor precisión respecto a las órdenes emitidas en sus fallos y contenidas en la parte resolutive de la providencia. En este orden de ideas "para que pueda aclararse una sentencia es menester que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o generen incertidumbre

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 290

**ACLARACION DE LA SENTENCIA - Solo procede cuando haya relación inescindible entre la parte resolutive y la motiva / ACLARACION DE LA SENTENCIA - Lo que pretende el actor es que se realice un nuevo estudio del elemento de ejercicio de autoridad civil y política**

Mediante sentencia de 19 de febrero de 2015, esta Sala de Decisión negó las pretensiones de la demanda formulada por

el señor José Julio Arboleda Sierra, cuyo objeto era obtener la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró electo a Oscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara. Del fallo mencionado, mediante escrito recibido en esta Corporación el 26 de febrero de 2015, el demandante elevó petición de aclaración. (...) No es viable acceder a la solicitud de aclaración elevada por el demandante, ya que en la parte resolutive de la providencia por medio de la cual se desataron las pretensiones incoadas por el señor José Julio Arboleda, NO existe ningún concepto que origine diversas interpretaciones o que tenga un sentido oscuro o vago que sea oportuno dilucidar. De la misma forma, tampoco es procedente acceder a la aclaración de la sentencia en su parte motiva, porque según el artículo 285 del Código General del Proceso, antes citado, la aclaración solo procede cuando haya relación inescindible entre la parte resolutive y la motiva. En efecto, aunque es evidente que todos los argumentos esbozados en la sentencia están relacionados con la resolución del caso comoquiera que aquellos le sirvieron de fundamento, de esto no se desprende que todos puedan ser objeto de aclaración pues, se reitera, para ello es necesario que esas frases influyan directamente en el "resuelve". Entonces no puede afirmarse que la petición del actor se encuentre en el supuesto antes expuesto, no solo porque la parte resolutive no remite a la parte motiva, sino porque además la decisión adoptada tuvo como fundamento el estudio que adelantó la Sección y del cual coligió que no se encontraron acreditados los elementos configurativos de la inhabilidad indilgada. Aunado a lo anterior, la Sala resalta que de la lectura del escrito de solicitud de aclaración, es evidente que lo que se pretende es que se realice un nuevo estudio del elemento de "ejercicio de autoridad civil y política" lo cual como se mostró, no solo no es viable mediante una solicitud de aclaración, sino porque además ese tópicó se abordó extensamente en la sentencia cuando la Sección examinó las funciones asignadas a Freddy Alberto Hurtado Pérez y determinó que ninguna de ellas comportaba el ejercicio de autoridad ni civil ni política, conclusión que dista del entendimiento equivocado del actor, según el cual, existe una supuesta contradicción entre el concepto de autoridad civil y el análisis de un documento obrante en el expediente en el cual la Secretaria de Talento Humano de Medellín afirmó que el señor Freddy Alberto Hurtado no ejerció autoridad, contradicción que, valga ponerlo de presente, es inexistente. En suma, es evidente que la solicitud de aclaración debe ser negada, toda vez que, no satisface los requisitos contenidos en el artículo 285 del Código General del Proceso para la procedencia de esta clase de peticiones.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 285

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00045-00

Actor: Jose Julio Arboleda Sierra

Demandado: Representante a la Cámara Por El Departamento De Antioquia

## I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia de 19 de febrero de 2015, esta Sala de Decisión negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor José Julio Arboleda Sierra, cuyo objeto era obtener la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró electo a Oscar de Jesús Hurtado Pérez como Representante a la Cámara.

Del fallo mencionado, mediante escrito recibido en esta Corporación el 26 de febrero de 2015, el demandante elevó petición de **aclaración**.

Afirmó que solicitaba aclaración de *“la parte motiva de la sentencia con el fin de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes”* (Fl. 271)

A su juicio, en la providencia objeto de aclaración no fueron aplicados adecuadamente los parámetros jurisprudenciales existentes sobre la materia. Especialmente, los contenidos en las sentencias proferidas por la Sala Plena en los radicados: 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI) y 11001-03-28-000-2010-00063-00 (IJ).

El demandante en su escrito de aclaración adujo que la sentencia tenía una *“contradicción interna”* pues, según su criterio, aunque la Sala afirmó que el ejercicio de la autoridad se materializa con el mero hecho de detentarla, al estudiar las funciones desempeñadas por el señor Freddy Alberto Hurtado Pérez, hermano del demandado, la Sección se apartó de ese criterio.

Con base en lo anterior pidió que:

*“Se aclaren los dos conceptos, toda vez que, que la jurisprudencia establece que si el cargo ostenta las funciones, así no las ejecute efectivamente el servidor público, está en presencia de autoridad civil pero posteriormente, al analizar las funciones de Freddy Alberto Hurtado, hace caso omiso de dicho concepto, y se atiene a un documento que certifica que dicho cargo no ejerce efectivamente dichas funciones”* (Fl. 274)

## II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del C.P.A.C.A., norma especial electoral, hasta los dos días siguientes al de la notificación de una sentencia podrán las **partes o el Ministerio Público** pedir que aquella se aclare.

Por ello, antes de adentrarnos en el estudio de la viabilidad o no de la solicitud de aclaración, es menester determinar si aquella se propuso por las personas legitimadas para hacerlo y dentro del término previsto en la ley.

Respecto al primer requisito es evidente que aquel se encuentra satisfecho a cabalidad, porque la solicitud se elevó por el demandante.

Lo propio sucede con el segundo requisito, es decir, el relativo al término. En efecto, se observa que el fallo objeto de aclaración fue notificado personalmente<sup>1</sup> al demandante mediante mensaje dirigido a su correo electrónico el 24 de febrero de 2015<sup>2</sup>, lo que implica que la parte actora tenía hasta el 26 de febrero del año en curso para solicitar la aclaración.

En el folio 278 del expediente se evidencia que el escrito de aclaración se radicó el día 26 de febrero de 2015, razón por la cual el mismo se encuentra en término.

Una vez determinado que la petición elevada por el señor José Julio satisface los requisitos exigido por el CPACA, procede la Sala a estudiar si es viable o no aclarar la sentencia proferida el 19 de febrero de 2015 en el marco del proceso 11001-03-28-000-2014-00045-00.

Sea lo primero advertir que el artículo 290 del CPACA consagra la posibilidad de aclarar la sentencia electoral. Para el efecto dispuso:

**ARTICULO 290. ACLARACION DE LA SENTENCIA.** *Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notifica <sic>, 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.*

No obstante, como se observa del texto transcrito, el CPACA no delimitó ni enunció los temas sobre los cuales el juez puede realizar aclaración de la sentencia. En consecuencia, es oportuno remitirnos al Código General del Proceso que sobre la materia establece que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció.

Esa misma codificación indica que aquella *“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”*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En los términos del último inciso del artículo 197 del C.P.A.C.A y del 203 del mismo estatuto. En efecto se observa que la notificación personal de la sentencia se efectuó mediante correo electrónico como se evidencia en el folio 745.

<sup>2</sup> Folio 265

<sup>3</sup> Artículo 285 del Código General del Proceso, disposición aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa desde el 1º de enero de 2014

Según los preceptos antes reproducidos, "la aclaración sólo es permitida para concretar conceptos o enmendar frases que ofrezcan serias 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"<sup>4</sup>.

Lo anterior quiere decir, que los temas objeto de aclaración de la sentencia no son ilimitados, comoquiera que no se trata de un recurso o un instrumento mediante el cual se pueda mostrar la inconformidad de alguna de las partes con la sentencia adoptada, en consecuencia está vedado plantear argumentos nuevos a fin de condicionar o modificar la decisión adoptada. **Por el contrario, el objeto de la aclaración es permitir al juez dar mayor precisión respecto a las órdenes emitidas en sus fallos y contenidas en la parte resolutive de la providencia.**

En este orden de ideas "para que pueda aclararse una sentencia es menester que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o generen incertidumbre"<sup>5</sup>. (Subrayas de fuera de texto)

Así las cosas, es evidente que no es viable acceder a la solicitud de aclaración elevada por el demandante, ya que en la parte resolutive de la providencia por medio de la cual se desataron las pretensiones incoadas por el señor José Julio Arboleda, **NO existe ningún concepto que origine diversas interpretaciones o que tenga un sentido oscuro o vago que sea oportuno dilucidar.** En efecto, en el citado fallo se resolvió:

*"Primero: Negar, las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por José Julio Arboleda Sierra"*

*Segundo: Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso."*<sup>6</sup>

De la misma forma, tampoco es procedente acceder a la aclaración de la sentencia en su parte motiva, porque según el artículo 285 del Código General del Proceso, antes citado, **la aclaración solo procede cuando haya relación inescindible entre la parte resolutive y la motiva.**

En efecto, aunque es evidente que todos los argumentos esbozados en la sentencia están relacionados con la resolución del caso comoquiera que aquellos le sirvieron de fundamento, de esto no se desprende que todos puedan ser objeto de aclaración pues, se reitera, para ello es necesario que esas frases influyan directamente en el "resuelve".

Lo anterior es explicado con toda claridad por el profesor López Blanco, cuando sostiene que la aclaración "procede para entrar a realizar precisiones acerca de la parte motiva cuando la resolutive se refiere a ella y de la remisión surge duda, por ejemplo si en aquella se dice que se condena a pagar de conformidad en la parte motiva" (Subrayas fuera de texto)

Entonces no puede afirmarse que la petición del actor se encuentre en el supuesto antes expuesto, no solo porque la parte resolutive no remite a la parte motiva, sino porque además la decisión adoptada tuvo como fundamento el estudio que adelantó la Sección y del cual coligió que no se encontraron acreditados los elementos configurativos de la inhabilidad indilgada.

Aunado a lo anterior, la Sala resalta que de la lectura del escrito de solicitud de aclaración, es evidente que lo que se pretende es que se realice un nuevo estudio del elemento de "ejercicio de autoridad civil y política" lo cual como se mostró, no solo no es viable mediante una solicitud de aclaración, sino porque además ese tópico se abordó extensamente en la sentencia cuando la Sección examinó las funciones asignadas a Freddy Alberto Hurtado Pérez y **determinó que ninguna de ellas comportaba el ejercicio de autoridad ni civil ni política**, conclusión que dista del entendimiento equivocado del actor, según el cual, existe una supuesta contradicción entre el concepto de autoridad civil y el análisis de un documento obrante en el expediente en el cual la Secretaría de Talento Humano de Medellín afirmó que el señor Freddy Alberto Hurtado no ejerció autoridad, contradicción que, valga ponerlo de presente, es inexistente.

En suma, es evidente que la solicitud de aclaración debe ser negada, toda vez que, no satisface los requisitos contenidos en el artículo 285 del Código General del Proceso para la procedencia de esta clase de peticiones.

### III. RESUELVE

**NEGAR** la solicitud de aclaración de sentencia elevada por el señor José Julio Arboleda Sierra.

Notifíquese Y Cumplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Presidente  
**Susana Buitrago Valencia**  
**Alberto Yepes Barreiro**

según auto del 25 de junio de 2014 radicado 25000-23-36-000-2012-00395-01 (JJ)

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 13 de octubre de 2011, Radicación Interna. 2010-0030, 2010-0039, 2010-0042 y 2010-0052, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

<sup>5</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Undécima Edición, Dupre Editores, 2012, pág. 675.

<sup>6</sup> Reverso del folio 262 del Expediente.

<sup>7</sup> López Blanco, Ob Cit pág. 675.

**CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL INDÍGENA - Naturaleza/  
CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL INDÍGENA  
- Es una discriminación electoral positiva/  
CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL INDÍGENA -  
Las curules se distribuyen por el sistema de  
cociente electoral sin consideración a umbral  
alguno/CUOCIENTE ELECTORAL - La elección  
de senadores por la circunscripción especial  
indígena se rige por este sistema**

El tema en discusión surge a juicio del actor, por la aplicación inadecuada de una disposición constitucional, toda vez que en su criterio debió emplearse la fórmula contenida en el artículo 263 Superior y no la del 171 *ibidem*.

Se precisa que el actor señala como infringido el artículo 263 de la Constitución, que prevé el umbral electoral del 30 % del cociente electoral en las circunscripciones donde se eligen dos curules.

Ahorabien, como se concluyó en precedencia, el establecimiento de la Circunscripción Especial Indígena es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación que busca asegurar una democracia representativa y participativa que incluya de manera constante a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.

Para ello se estableció un sistema de discriminación electoral positiva, mediante la adopción de reglas propias distintas a la generalidad. Es así como la circunscripción especial fue diseñada de tal manera que se “regirá por el sistema de cociente electoral”, además de que los candidatos “deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

Sumado a lo anterior, el constituyente expresamente califica a la Circunscripción Indígena como “especial” lo que se entiende en contraposición a la nacional ordinaria en donde se eligen 100 Senadores mediante la utilización del sistema de cifra repartidora. La especialidad de esta circunscripción implica que la solución del artículo 171 se prefiere a la del artículo 263, lo que de suyo implica que se aplica el cociente electoral sin consideración a umbral alguno.

La aplicación del artículo 171 de la Constitución sobre el artículo 263 *ibidem*, además encuentra respaldo en el hecho de que el umbral del 30 % del cociente electoral fue establecido para la elección de Cámara de Representantes en las circunscripciones territoriales con poca población y que por tal razón solo eligen dos curules, como aparece en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, reforma constitucional que introdujo en nuestro ordenamiento los conceptos de cifra repartidora y umbral.

Es por esta razón que no son de recibo los argumentos planteados por el demandante tendientes a que se equipare

la Circunscripción Especial de Senado Indígena con la Cámara de Afrodescendientes, porque a su juicio en ambas se eligen 2 curules, y para cuyo efecto aportó con los alegatos de conclusión la Resolución 2528 de 2014, prueba que por contera fue denegada en la audiencia inicial por extemporánea y por ser inconducente e impertinente para el caso que ahora se resuelve.

Lo anterior, toda vez que como se ha explicado in extenso a pesar de que tanto para las Comunidades Indígenas como para Cámara de Afrodescendientes se eligen 2 curules, se trata de dos circunscripciones diferentes, esto es, el artículo 171 constitucional se refiere a la circunscripción de Senado para las Comunidades Indígenas y el 263 *ibidem* se refiere a Cámara de Representantes. En consecuencia, es válido anotar que el umbral del 30 % del cociente electoral no fue concebido ni diseñado para la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 171/Constitución Política - artículo 263

**CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL INDÍGENA - Elección  
de Senadores de la República/SENADORES POR  
LA CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL INDÍGENA -  
Adjudicación de escaños se efectúa de acuerdo  
al número de veces que el cociente quepa en  
la votación de cada lista**

El cargo formulado en la demanda se funda en la violación del sistema constitucional de asignación de curules porque, a juicio del demandante, se declaró la elección de los Senadores por la Circunscripción Especial Indígena en consideración al artículo 171 Superior, que hace referencia al sistema de cociente electoral, sin exigencia de umbral; pero en su sentir, debió aplicarse el inciso final del artículo 263 *ibidem* que señala un umbral del 30% del cociente electoral en las circunscripciones en que se elijan dos curules.

Al respecto, es importante recordar que antes de la reforma constitucional de 2003, para todas las elecciones de corporaciones regía el sistema del cociente electoral que se encontraba regulado por el artículo 7 del Decreto 2241 de 1986 -Código Electoral-, modificado por el artículo 263 de la Constitución Política que antes del Acto Legislativo 01 de 2003. (...) El sistema se diseñó para que la adjudicación de escaños se efectúe de acuerdo al número de veces que el cociente quepa en la votación de cada lista, y en el evento de que no se puedan asignar de esta manera porque no se llenan todas las curules o ninguna, la provisión se hace a los mayores residuos en forma descendente.

En este punto, esta Sección del Consejo de Estado ha dicho que el sistema del cociente electoral corresponde a un sistema de elección proporcional y se emplea para asegurar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos en las corporaciones públicas de elección popular.

Asimismo, es posible que uno o varios de los partidos o movimientos políticos obtengan una votación igual o superior al cociente electoral, evento en el cual la asignación de escaños se hace a través del número de veces que el cociente quepa en el total de votos válidos de las agrupaciones.

También puede ocurrir que ninguna de las listas alcance el número de votos del cociente, y, en este evento, los votos válidos obtenidos por cada partido o movimiento político constituye un residuo, y la adjudicación de las curules a proveer se hace entre los mayores residuos, es decir, entre las listas más votadas. Para el caso de las resoluciones ahora impugnadas, el Consejo Nacional Electoral aplicó el sistema de cociente electoral.

De conformidad con los resultados y obtenido el cociente electoral, procedió a efectuar la correspondiente asignación de curules. Como ninguna de las listas alcanzó el cociente electoral, distribuyó las dos curules a los mayores residuos, correspondiéndole una, al Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) y la otra, al Movimiento Alianza Social Independiente (ASI).

En consecuencia, declaró elegidos como Senadores por la Circunscripción Especial Indígena a los señores Luis Évelis Andrade y Marco Aníbal Avirama Avirama. Encuentra la Sección, que el Consejo Nacional Electoral acertó en la manera como aplicó el sistema del cociente electoral, pues como la jurisprudencia electoral lo ha explicado, si ninguna lista lo alcanza, es forzoso asignar los escaños a los mayores residuos, como efectivamente sucedió.

Se concluye entonces, que no le asiste razón al demandante al considerar que se violó el sistema constitucional de asignación de curules, puesto que como se explicó, dicho sistema también implica el uso del residuo en caso de que no se puedan asignar todas o ninguna de ellas por cociente. Y en ese sentido, no se equivocó el Consejo Nacional Electoral ni contrarió la Constitución Política ni la ley al asignar las curules utilizando únicamente el sistema de cociente electoral sin consideración a umbral alguno.

Nota de relatoría: Sobre la adjudicación de escaños a entre las listas más votadas. Sentencia de 11 de julio de 2011. Rad. 2010-0054 y 2010-0105. C. P.: Mauricio Torres Cuervo. Bogotá Demandantes: Marcelino Chindoy Chicunqué y Libardo Espitia Rodríguez. Nulidad electoral. Sentencia de 29 de junio de 2007. Rad. 2006-00023.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00115-00

Actor: Juvenal Arrieta González

Demandado: Senadores por la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

El ciudadano **Juvenal Arrieta González**, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 3006 del 17 de julio de 2014 y 3067 del 29 de julio de 2014 expedidas por el Consejo Nacional Electoral por medio de las cuales se declaró la elección de Senadores de la República por la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas, periodo 2014-2018.

Para el efecto solicitó:

***Primera.** Que se declare que son nulos los siguientes actos de declaratoria de elección de Senado de la República por la Circunscripción Especial Indígena: (i) Resolución 3006 del 17 de julio de 2014, "Por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República para el periodo 2014-2018 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales", y (ii) la Resolución 3067 del 20 de julio de 2014, por la cual se ACLARA la Resolución 3006 de 2014, expedido por el Consejo Nacional Electoral".*

***Segunda.** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se haga, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, una nueva declaración de elección de Senado de la República por la circunscripción especial indígena, periodo 2014-2018, SE ORDENE O SE EXPIDA LA NUEVA CREDENCIAL de senador de la República por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, para el periodo citado al candidato Jesús Chávez Yondapiz del Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), y que se comunique la decisión al Consejo Nacional Electoral, al presidente de la República, al señor Registrador Nacional del Estado Civil, al señor Presidente del Senado de la República y al señor Ministro del Interior".*

**1.2. Hechos y argumentos**

El 9 de marzo de 2014 se llevaron a cabo elecciones populares, para elegir Congreso de la República y Parlamento Andino.

Para la elección del Senado por la Circunscripción Especial Indígena (periodo 2014-2018), se inscribieron catorce (14) listas por comunidades indígenas. Entre ellas, el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), el cual participó con una lista por voto preferente integrada por los señores Luis Évelis Andrade Casamá, Rosa Iguarán Epieyú y Jesús Javier Chávez Yondapiz, lista que no tuvo oposición o demanda.

Según la Resolución No. 3006 del 17 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, en dichas elecciones: (i) las votaciones más altas las obtuvo el MAIS, con 48.928 votos, seguido por la Alianza Social Independiente (ASI), con 35.906 votos; (ii) el total de votos válidos fue de 317.677; y, (iii) el cociente electoral fue de 158.838.

De acuerdo con los anteriores resultados, la mencionada Resolución, aplicando el método de cociente electoral, declaró como Senadores electos por la Circunscripción Especial Indígena para el periodo 2014-2018 al señor Marco Aníbal Avirama Avirama, por el movimiento Alianza Social Independiente, y al señor Luis Évelis Andrade, por el Movimiento Alternativo Indígena y Social.

A juicio del accionante, la elección contenida en la Resolución No. 3006 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, omitió aplicar el artículo 263 Constitucional referente al cociente electoral para candidatos al Senado por la Circunscripción Nacional Especial por las Comunidades Indígenas, precepto según el cual, las dos curules que le correspondían a estas comunidades debieron asignarse al MAIS.

Indicó que para la asignación de estas curules, el Consejo Nacional Electoral en el acto de declaratoria de elección de Senadores en la parte pertinente a las Comunidades Indígenas, aplicó el artículo 171 Superior y asignó la curul al ciudadano Marco Aníbal Avirama Avirama, la cual debió asignarse a Jesús Javier Chávez Yondapiz, candidato del MAIS.

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

A juicio del demandante, los actos de elección acusados se encuentran incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 275 del CPACA.

La causal de nulidad invocada consagra:

*“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:*

(...)

*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”.*

Según el criterio de la parte actora, el artículo 171 Constitucional estatuyó la composición del Senado de la República y por la vía especial otorgó a los indígenas el derecho a elegir –al menos– dos Senadores; y, dispone el cociente electoral como la forma de elección.

Por otra parte, manifestó que el artículo 263 *ibidem* al referirse al cociente electoral le agrega a las circunscripciones en las que se eligen 2 curules un requisito adicional a los establecidos en el artículo 171 Superior, esto es, que el sistema de cociente electoral se debe aplicar a las listas que superen en votos el 30 % de dicho cociente.

A su juicio, el concepto de cociente electoral desapareció de la Constitución debido a las reformas constitucionales de 2003 y 2009, pero, existe variada jurisprudencia en la que aquella institución se desarrolla. Para el efecto, trajo a colación un fallo de esta Sección de 11 de julio de 2011<sup>1</sup> y la Resolución No. 880 de 2006 expedida por el Consejo Nacional Electoral<sup>2</sup>.

Señaló que las circunstancias de hecho y de derecho que soportan la presente acción electoral son distintas a las decisiones a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, toda vez que estas tenían un marco constitucional diferente y se basan en argumentos del Código Contencioso Administrativo, el cual se encuentra hoy derogado.

Además, expresó que los hechos en los que se basaron dichas peticiones se encontraban relacionados, por una parte, con la ubicación del voto en blanco en el tarjetón y, por otra, con las listas por Comunidades Indígenas que no superaron el umbral. Y, la presente acción tiene como fundamento el desconocimiento del artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2009, atendiendo a que la lista del MAIS fue la única que superó el umbral constitucional entre las 14 listas inscritas en el debate electoral, por lo cual, las 2 curules debían ser asignadas a este movimiento.

Concluyó que es preciso que se aclare si las elecciones del 2006, 2010 y 2014 de las Comunidades Negras se declararon con base en el umbral del 30% establecido en el inciso 5 del artículo 263 Superior, para así, determinar porque a estas sí se les aplica dicha normativa y a las Comunidades Indígenas no, toda vez que ambas eligen 2 curules y siguen la misma suerte de lo especial en desarrollo de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

## 2. Las contestaciones

La **Registraduría Nacional del Estado Civil**, mediante apoderado, solicitó ser desvinculada del presente trámite ya que manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de “falta de legitimación en la

1 Radicación No. 2010-0054; 2010-105. M. P.: Mauricio Torres Cuervo.

2 Resolución que no aportó al plenario ni fue posible obtener su contenido en la página del Consejo Nacional Electoral.

*causa por pasiva*".

El **demandado**, señor Marco Aníbal Avirama Avirama, mediante apoderado judicial, indicó que el artículo 263 Constitucional está estatuido para las circunscripciones territoriales de Cámara de Representantes, siendo incompatible su aplicación para la Circunscripción Especial Indígena de Senado.

Argumentó que esta fue la tesis adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo de 11 de julio de 2011<sup>3</sup>, en el que se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta contra el acto de elección de los Senadores de la República por la Circunscripción Indígena, periodo 2010-2014. Señaló que esta providencia indicó que el Consejo Nacional Electoral acertó en la manera como aplicó el sistema del cociente electoral, dado que ninguna lista alcanzó el número de votos del cociente, por lo que era forzoso asignar los escaños a los mayores residuos.

Afirmó que el Oficio 89191 dirigido al Presidente del Consejo Nacional Electoral y suscrito por la Presidenta de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales de la Procuraduría General de la Nación con referencia al escrutinio del Senado de la República para la Circunscripción Especial Indígena, indicó que a la autoridad electoral encargada de realizar el escrutinio nacional le corresponde observar el sistema de discriminación positiva en el momento de asignar las dos curules correspondientes a la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República, consistente en aplicar en su integridad el cociente electoral, sin hacer exigible el umbral del 30%, pero teniendo en cuenta los mayores residuos en caso de no lograrse el cociente.

Adujo que en el mismo sentido, en auto admisorio de 8 de octubre de 2014, la Doctora Susana Buitrago Valencia, en un proceso en el que se controvierte la legalidad del acto de su propia elección, pero por causales subjetivas, se dijo que el sistema de asignación de curules para la Circunscripción Indígena es especial, toda vez que no es el de la cifra repartidora, como está determinado para la circunscripción ordinaria, sino que se trata del sistema de cociente electoral, el cual se obtiene al dividir el total de la votación válida entre el número de escaños a suplir y que contempla la posibilidad de acudir a los mayores residuos para asignar las curules si ninguna de las opciones políticas alcanza un número igual o superior al valor del cociente.

Concluyó que la posición acogida por la Sección Quinta de esta Corporación es la aplicación preferente del artículo 171 Superior en virtud del cual, la Circunscripción Especial para la elección de Senadores por las Comunidades Indígenas se rige por el sistema de cociente electoral sin que le sean aplicables las disposiciones relativas a la circunscripción ordinaria sobre el umbral del 30% del cociente.

Por tanto, a su juicio, el Consejo Nacional Electoral acertó en

la manera como dio aplicación al sistema de cociente electoral de conformidad con la jurisprudencia vigente y salvaguardando el ordenamiento constitucional ya que al no alcanzar ninguna lista el cociente, es forzoso asignar los escaños a los mayores residuos.

### 3. El coadyuvante Aníbal Mercado Torres

Mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2014, el señor Aníbal Mercado Torres, solicitó que: i) se ordenara la acumulación a este expediente el proceso de nulidad electoral No. 11001-03-28-000-2014-00104-00 adelantado por Manuel Viterbo Palchucán Chingal contra la elección de Senadores de la República por la Circunscripción Especial Indígena (2014-2018); ii) se le reconociera como tercero coadyuvante de las pretensiones de la demanda; y, iii) se juzgara la legalidad del acto acusado *"no por los supuestos hechos y fundamentos jurídicos aducidos en [las demandas]; sino en el sentido de sea (sic) declarada nula la elección y los registros electorales, teniendo en cuenta que la LISTA PRESENTADA por el referido senador declarado electo, no cumplió los requisitos formales y legales actuales de participación de cuotas y de género que garantizan la participación de la mujer con carácter de igualdad con que se le permite a los hombres"*.

En auto de 12 de diciembre de 2014, el Ponente reconoció al señor Mercado Torres como tercero coadyuvante de la demanda. La solicitud de acumulación fue denegada, toda vez que no se pueden acumular procesos basados en causales de nulidad objetivas con los que se apoyen en causales de nulidad subjetivas.

Finalmente, se rechazó la posibilidad de juzgar la legalidad del acto acusado con sustento en que la lista inscrita por el partido 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. Lo anterior, toda vez que ello constituye un cargo nuevo frente a las imputaciones que se hicieron oportunamente con la demanda; e igualmente porque a los coadyuvantes no les está permitido adicionar ni modificar los cargos presentados con la demanda, solamente los pueden respaldar.

### 4. Presentación de nuevas solicitudes de coadyuvancia

Mediante escrito presentado el 29 de enero de 2015 ante la Secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación, los señores Henry Cabría Medina y Jeremías Torres solicitaron que se les reconocieran como terceros coadyuvantes de las pretensiones de la demanda con fundamento en que el Senador Marcos Aníbal Avirama *"no cumplió con los requisitos formales y legales actuales de participación de cuotas y de géneros que garantizan la participación de la mujer con carácter de igualdad con que se les permite a los hombres"*.

3 Expedientes No. 2010-0054; 2010-105. M. P.: Mauricio Torres Cuervo.

## 5. Audiencia inicial

El 2 de febrero de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En efecto, se estableció que en auto de 6 de noviembre de 2014, en el marco de un recurso de súplica formulado dentro del expediente con Radicado No. 2014-00065, se decidió que la vinculación a la Registraduría General de la Nación debería ordenarse siempre y cuando el defecto alegado tuviese conexidad con la actuación de dicha entidad.

Así pues, el Despacho en respeto a la posición mayoritaria de la Sala ordenó la desvinculación de la Registraduría, toda vez que, en estricto sentido, no se evidenció que la actuación surtida por la Registraduría General de la Nación tuviera incidencia en la legalidad del acto acusado, pues aquella no fue la encargada de hacer el ejercicio de asignación de las curules de la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas del Senado de la República.

El apoderado de la parte demandada interpuso *“recurso de reposición”* contra la decisión de saneamiento por considerar que el demandante no había cumplido con la carga establecida en el artículo 275 del CPACA, consistente en indicar las causales de nulidad en las que incurre el acto acusado. En este punto, el Magistrado Sustanciador indicó que el verdadero motivo de la intervención consistía en la interposición de la excepción denominada *“inepta demanda”*, pero de manera inoportuna, por cuanto el momento procesal para el efecto había sido el de la contestación de la demanda.

Asimismo, se reconoció como terceros coadyuvantes de la demanda a los señores Henry Cabria Medina y Jeremías Torres, pero se rechazó la posibilidad de juzgar la legalidad del acto acusado con sustento en que la lista inscrita por el partido 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. Lo anterior, toda vez que ello constituía un cargo nuevo frente a las imputaciones que se hicieron oportunamente con la demanda.

El demandante intervino para solicitar que se tuviera como prueba la Resolución 2528 del 9 de julio de 2014 proferida por el Consejo Nacional Electoral, la cual se refiere a la asignación de curules de la circunscripción especial de negritudes. Dicha solicitud se negó por extemporánea y tampoco se decretó de oficio por su impertinencia e inconducencia en relación con el tema objeto de estudio.

Finalmente, 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. Ninguna decisión fue recurrida, quedando todas ejecutoriadas.

## 6. Alegatos de conclusión

Los **coadyuvantes** Jeremías Torres y Henry Cabria Medina, este último mediante apoderada judicial, reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia. Adicionalmente, afirmaron que el partido político ASI y sus representantes no son *“depositarios ni condescendientes”* de los ideales del pueblo indígena, por tal motivo, a su juicio, aceptar que dicho partido los represente, conllevaría a una doble militancia.

Señalaron que en 23 años de participación y ejercicio político de los pueblos indígenas se ha presentado una exclusión sistemática para la mayoría de estos, toda vez que los espacios de participación de estas comunidades han sido ocupados por personas y partidos que no conocen las regiones, zonas y problemáticas que las aquejan.

La parte **demandada** reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y propuso nuevamente la excepción que de forma extemporánea presentó en la audiencia inicial.

El **accionante**, en escrito confuso<sup>4</sup>, reiteró lo manifestado en la demanda y adicionó que *“los artículos 171 y el 263 Superiores son disposiciones que encierran normas especiales y generales, al consagrar derechos y procedimientos para indígenas y para la población mayoritaria en asuntos electorales. La Corte Constitucional en sentencia C-484 de 1996, dijo que tratándose de normas que encierran temas electorales, estas son de carácter especial, vistas así las cosas los dos artículos son especiales (...)”*.

Señaló que *“es claro que la reforma no está hecha solo para una jurisdicción en particular, como lo quiere hacer ver la defensa, el acto legislativo tiene un alcance general a todo el sistema electoral, del cual la participación indígena es parte. En otras palabras, el último inciso del artículo 263 Superior, hace relación a todas aquellas jurisdicciones en la que se eligen dos Congresistas, aquellas son: Cámara Territorial con poca población, la Circunscripción de Comunidades Negras y Senado Indígena. Esto además, porque así como para el caso de la cámara ordinaria, la norma arropa toda la dimensión de las dos cámaras que componen el Congreso”*.

Afirmó que *“la Resolución 2528 del 2014 de CNE, aclara mediante una interpretación bastante amplia, el verdadero espíritu de las reformas políticas del 2003 y del 2009. Según la presente resolución, no es cierto que el artículo 263 CP, se aplique para el caso del inciso último, solo a cámaras territoriales. Pues el CNE, mediante un exhaustivo análisis del espíritu de la reforma política, muestra cómo su inspiración va mucho más allá, a la hora de democratizar el sistema político del cual las circunscripciones de minorías étnicas hacen parte”*.

Concluyó que *“tom[a] como punto de partida la resolución 2528 del 2014 del CNE, para solicitar a la Sala Quinta del*

<sup>4</sup> Folios 503 a 512.

*Consejo de Estado, se aplique el último inciso del artículo 263 de la Constitución de 1991. Lo anterior en consideración de que no solo existe similitud entre las pretensiones de la demanda y el Sr. Arrebea, sino que estamos ante la misma situación de comportamiento electoral entre la Circunscripción Especial para Senado Indígena y la Circunscripción Especial para Comunidades Negras. En las elecciones del 9 de marzo del 2014, tanto el MAIS, como la Fundación Funeco, superaron el umbral del cociente al cual se refiere el último inciso del 263 C. P.”.*

## 7. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 9 de febrero de 2015, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda, ya que, a su juicio, el argumento del actor resulta errado e inaplicable a la controversia propuesta, en tanto desconoce un aspecto del cual debe partir cualquier estudio que se haga sobre el tema: el carácter especialísimo de las circunscripciones indígenas, que por lo mismo está sometido a normas especiales las cuales se aplican con carácter prevalente.

Señaló que en lo que respecta a los 2 Senadores de las Comunidades Indígenas, la Constitución no solo se refiere a ellos sino al sistema que rige su elección y señala que es el de cociente electoral, así pues, el sistema a emplearse en la elección de los dos Senadores de la Circunscripción Indígena, se encuentra específicamente consagrado en la Constitución Política.

Afirmó que como en el asunto en estudio ninguna de las listas superó dicho cociente, lo que correspondía en este caso, era proceder a la asignación de las curules al partido o movimiento político que mayor número de votos hubiere obtenido en la contienda electoral, como en efecto se hizo.

Manifestó que los resultados de la votación señalaron que las votaciones mayoritarias en ese proceso electoral fueron obtenidos por el ASI y el MAIS, por tanto, la adjudicación de las curules se efectuó de conformidad con la ley y la Constitución.

Finalmente, trajo a colación el fallo del 11 de julio de 2011 proferido por esta Sección, Rad. 2010-00054, en el que se estudió la legalidad del acto de elección de los Senadores por la Circunscripción Indígena, periodo 2010-2014, el cual precisó que el sistema a aplicar para efectos de la elección era el de cociente electoral señalado en el artículo 171 Superior y se indicaron los motivos por los cuales no resultaba aplicable la regla del artículo 263 *ibídem*.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA,<sup>5</sup> esta Sala es competente para conocer

5 “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia:

en única instancia del proceso de la referencia toda vez que la demanda ataca la legalidad de las Resoluciones No. 3006 del 17 de julio de 2014 y 3067 del 29 de julio de 2014 expedidas por el Consejo Nacional Electoral por medio de las cuales se declaró la elección de los Senadores de la República por la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas, periodo 2014-2018.

### 2. Cuestión previa

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, el demandado en el escrito de alegatos de conclusión reiteró la excepción de “ausencia de causal violada” o de “inepta demanda” que propuso en la audiencia inicial llevada a cabo el 2 de febrero de 2015, la cual fue desestimada por cuanto se interpuso de manera extemporánea.

En efecto, por tratarse de una decisión ejecutoriada, esta providencia se estará a lo dispuesto en el auto dictado dentro de la audiencia inicial mencionada que dispuso que el momento procesal para el efecto había sido el de la contestación de la demanda; y, por tanto, se abstendrá de analizar los argumentos propuestos por la parte demandada, en lo que al asunto se refiere.

### 3. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si para la adjudicación de curules para Senado de la República por la Circunscripción Especial Indígena, periodo 2014-2018, se debió dar aplicación al artículo 171 Superior, que hace referencia al sistema de cociente electoral, sin exigencia de umbral; o, si por el contrario, debió aplicarse el inciso final del artículo 263 *ibídem* que señala un umbral del 30% del cociente electoral en las circunscripciones en que se elijan dos curules.

Para solucionar este problema jurídico la Sala examinará lo concerniente a la Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República a las luces del artículo 171 Constitucional; y, posteriormente analizará, la exigencia del umbral del 30 % del cociente electoral para la asignación de curules en las circunscripciones en que se elijan 2 curules, para finalmente determinar la norma que se debe aplicar para el caso de la Circunscripción Especial Indígena y proceder a resolver el caso concreto.

*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).*

#### 4. La Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República - Artículo 171 Superior

Para el estudio de las pretensiones es necesario que la Sala primero aborde la naturaleza de la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

El artículo 7 de la Constitución Política establece que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*, lo que constituye un principio que proyecta los valores democráticos en que se sustenta nuestra organización política<sup>6</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural de la nación es precisamente la diferenciación en materia de representación política que les asegura un mínimo a nivel nacional,<sup>7</sup> ligada a un esfuerzo progresivo de construcción abierto al reconocimiento de nuevos actores sociales, que garantice una verdadera democracia, representativa y participativa, *“donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les concierna”*<sup>8</sup>, de tal manera que se incluya dentro del debate público a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.<sup>9</sup>

Ahora bien, según aparece en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, uno de los mecanismos mediante los cuales se busca hacer efectivo el principio del reconocimiento a la diversidad étnica es el establecimiento de las circunscripciones especiales de las minorías étnicas; para ello, en su oportunidad se consideró:

*“Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras los 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.”*<sup>10</sup> (Resalta la Sala).

En el primer debate en plenaria de la Asamblea se presentó como propuesta sobre la circunscripción electoral especial para grupos étnicos la siguiente: *“Habrá una circunscripción electoral especial para indígenas, los cuales elegirán sus representantes a las corporaciones de elección popular con cada número de votos igual a la mitad del último residuo con que se obtuvo curul en la respectiva Corporación...”*<sup>11</sup>.

En el segundo debate se presentó una proposición sustitutiva en los siguientes términos *“La circunscripción electoral para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral”*<sup>12</sup>.

Finalmente se aprobó lo que hoy es el artículo 171 de la Constitución, que señala:

*“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.***

***Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.***

***La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.***

*Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el*

6 Ver: Corte Constitucional, sentencia T 188 de 1993.

7 Ver: Corte Constitucional, sentencia T 778 de 2005.

8 Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994.

9 Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

10 Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14.

11 Gaceta Constitucional números 117 del 24 de julio y 120 del 21 de agosto de 1991.

12 Gaceta Constitucional número 142 del 21 de diciembre de 1991.

*Ministro de Gobierno*". (Negrillas fuera de texto).

Sobre este artículo, la Corte Constitucional considera que, dentro de los objetivos perseguidos por el constituyente de 1991, fueron claros el de mejorar la representatividad del Congreso de la República<sup>13</sup> y el de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y para ello la circunscripción especial de las comunidades indígenas fue el medio idóneo por excelencia.<sup>14</sup>

El Tribunal Constitucional también ha señalado que *"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"*.<sup>15</sup>

En conclusión, la adopción por parte de la Constitución Colombiana de la Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República obedece a lo que en el estudio de los sistemas electorales se denomina *"discriminación electoral positiva"*<sup>16</sup> precedida de *"arreglos consociacionales"*<sup>17</sup>.

A nivel latinoamericano el consociacionalismo aplicado a las comunidades indígenas *"Se concreta en espacios de representación directa de los pueblos indígenas combinada con la representación política derivada de la voluntad popular expresada en las elecciones. En virtud de este sistema, se establece una suerte de representación compartida en la que se asigna a los indígenas un cupo mínimo de representación directa, cuya integración se efectuará aplicando normas y procedimientos propios"*<sup>18</sup> (Subraya la Sala).

Bien lo dice 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"*. (Subraya fuera del texto).

En suma, la Circunscripción Especial Indígena se rige por sus propias normas y procedimientos, dentro de los que se destacan el sistema de asignación de curules y los requisitos de los candidatos.

## 5. De la exigencia del umbral del 30% del cociente electoral para las circunscripciones en que se elijan 2 curules

El tema en discusión surge a juicio del actor, por la aplicación inadecuada de una disposición constitucional, toda vez que en su criterio debió emplearse la fórmula contenida en el artículo 263 Superior y no la del 171 *ibidem*.

Se precisa que el actor señala como infringido el artículo 263 de la Constitución, que prevé el umbral electoral del 30 % del cociente electoral en las circunscripciones donde se eligen dos curules.

Dicho artículo con la modificación del Acto Legislativo 01 de 2009 dispone:

*"Para todos los procesos de elección popular, los Partidos y Movimientos Políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección.*

*Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley.*

*Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.*

*La ley reglamentará los demás efectos de esta materia.*

*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.*

13 Cfr. Sentencia C-759 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2010.

15 Sentencia T-778 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

16 Diccionario Electoral. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I, página 426.

17 Término propuesto por Lijphart que explica ciertos tipos de democracias con agudas divisiones étnicas, lingüísticas o religiosas, en donde se hacen concesiones por los diversos actores políticos.

18 Espinoza Cuéllar, Magaly. Autonomía indígena en tierras bajas. IDEA Internacional 2009. Página 31.

*Parágrafo transitorio. Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso 2° del presente artículo será del dos por ciento (2%).*

Por otra parte, el artículo 171 establece:

*“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.*

*Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.*

*La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.*

*Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.*

Ahora bien, como se concluyó en precedencia, el establecimiento de la Circunscripción Especial Indígena es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación que busca asegurar una democracia representativa y participativa que incluya de manera constante a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.

Para ello se estableció un sistema de discriminación electoral positiva, mediante la adopción de reglas propias distintas a la generalidad.

Es así como la circunscripción especial fue diseñada de tal manera que se “regirá por el sistema de cociente electoral”, además de que los candidatos “deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”<sup>19</sup>.

Sumado a lo anterior, el constituyente expresamente califica a la Circunscripción Indígena como “especial” lo que se entiende en contraposición a la nacional ordinaria en donde se eligen 100 Senadores mediante la utilización del sistema de cifra repartidora.

La especialidad de esta circunscripción implica que la solución del artículo 171 se prefiere a la del artículo 263, lo que de suyo

implica que se aplica el cociente electoral sin consideración a umbral alguno.

La aplicación del artículo 171 de la Constitución sobre el artículo 263 *ibidem*, además encuentra respaldo en el hecho de que el umbral del 30 % del cociente electoral fue establecido para la elección de Cámara de Representantes en las circunscripciones territoriales con poca población y que por tal razón solo eligen dos curules, como aparece en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, reforma constitucional que introdujo en nuestro ordenamiento los conceptos de cifra repartidora y umbral.

Es por esta razón que no son de recibo los argumentos planteados por el demandante tendientes a que se equipare la Circunscripción Especial de Senado Indígena con la Cámara de Afrodescendientes, porque a su juicio en ambas se eligen 2 curules, y para cuyo efecto aportó con los alegatos de conclusión la Resolución 2528 de 2014, prueba que por contera fue denegada en la audiencia inicial por extemporánea y por ser inconducente e impertinente para el caso que ahora se resuelve.

Lo anterior, toda vez que como se ha explicado *in extenso* a pesar de que tanto para las Comunidades Indígenas como para Cámara de Afrodescendientes se eligen 2 curules, se trata de dos circunscripciones diferentes, esto es, el artículo 171 constitucional se refiere a la circunscripción de **Senado** para las Comunidades Indígenas y el 263 *ibidem* se refiere a **Cámara de Representantes**.

Es así que en el Acta No. 058 de 17 de junio de 2003 se consigna la posición del Representante a la Cámara Joaquín José Vives Pérez:

*“... el problema es que la mitad de las circunscripciones electorales que eligen dos curules en la mitad de esa si aplicáramos umbral y cifra repartidora la dos curules se las lleva una misma lista y eso es nada menos que volver a los llamados feudos podridos, recuerden ustedes que hasta antes de 1968, hasta antes de la reforma constitucional el sistema del cociente electoral y los sistemas de representación proporcional que existieron como el del voto incompleto se aplicaban a las elecciones donde se disputaban más de dos curules, en las dos no se aplicaba, el que ganaba se llevaba las dos curules y eso se denominó los feudos podridos, de alguna manera este sistema va a impedir que muchos de esos territorios tengan representación proporcional de sus fuerzas minoritarias, nosotros habríamos propuesto en ese momento la doctora Gina Parody si está aquí no me deja mentir en la ponencia del Referendo al interior que cuando se elijan dos no se aplicará cifra repartidora, se mantuviera el sistema cociente electoral, la guerra de residuos para garantizar la representación plural de esas circunscripciones, lamentablemente aquí eso fue negado, si hubiese*

<sup>19</sup> Artículo 171 de la Constitución.

el consenso necesario para hacer esa salvaguarda en esas circunscripciones me parece que nosotros le baríamos un gran favor a la democracia de los territorios nacionales, pero si no pues es lo que se pueda lograr en esta Plenaria". (Subraya la Sala).

El Representante Pedro Arenas García anotó:

*"Gracias señor Presidente en ese mismo punto y en la misma dirección que presenta el doctor Navas, tengo radicada en Secretaría una proposición para suprimir todo lo relativo con cifra repartidora de este artículo dejando únicamente el primer inciso, si es posible someterla a consideración Presidente yo le agradezco, en segundo lugar el umbral del 50% para el caso de los nuevos departamentos es supremamente alto, nosotros hicimos con el doctor Luis Fernando Almario el ejercicio y en 8 de esos diez departamentos la lista más votada se quedaba con la totalidad de curules asignadas, en unos casos con dos y en otros casos con tres, situación que ahí es completamente evidente borra del mapa a la segundas y terceras fuerzas y aún más a aquellas otras expresiones más pequeñas, si es posible rebajar ese umbral para el caso de Cámara de Representantes en concreto en estas circunscripciones, y si los ponentes así lo acogieran sería lo más saludable en el ánimo de que allí donde apenas está empezando a florecer la democracia no se le cortaran las alas de entrada, si se deja como está el mismo doctor Jaime Castro había hecho un ejercicio en el que el 26% de los votos de un departamento se quedaba con la totalidad de las curules dejando al otro 74% sin representación en el Congreso. Por estas y otras razones que están demostradas numéricamente y que tenemos posibilidad de comprobarlas ante los Ponentes, insistiríamos en una propuesta que redactamos por aquí con el doctor Eulises, el doctor Almario y el doctor Serrano en el sentido de que bajemos ese umbral para estas circunscripciones donde al máximo elegimos hasta tres curules. Gracias Presidente".* (Subraya fuera del texto).

En consecuencia, es válido anotar que el umbral del 30% del cociente electoral no fue concebido ni diseñado para la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

## 5. Caso concreto

El cargo formulado en la demanda se funda en la violación del sistema constitucional de asignación de curules porque, a juicio del demandante, se declaró la elección de los Senadores por la

Circunscripción Especial Indígena en consideración al artículo 171 Superior, que hace referencia al sistema de cociente electoral, sin exigencia de umbral; pero en su sentir, debió aplicarse el inciso final del artículo 263 *ibidem* que señala un umbral del 30% del cociente electoral en las circunscripciones en que se elijan dos curules.

Explica el actor que *"la elección contenida en la Resolución No. 3006 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, omitió aplicar el artículo 263 Constitucional referente al cociente electoral para candidatos al Senado por la Circunscripción Nacional Especial por las Comunidades Indígenas, precepto según el cual, las dos curules que le correspondían a estas comunidades debieron asignarse al MAIS".*

Al respecto, es importante recordar que antes de la reforma constitucional de 2003, para todas las elecciones de corporaciones regía el sistema del cociente electoral que se encontraba regulado por el artículo 7 del Decreto 2241 de 1986 -Código Electoral-, modificado por el artículo 263 de la Constitución Política que antes del Acto Legislativo 01 de 2003, establecía:

*"Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública se empleará el sistema de cociente electoral.*

*El cociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente".*

Como se aprecia, el sistema se diseñó para que la adjudicación de escaños se efectúe de acuerdo al número de veces que el cociente quepa en la votación de cada lista, y en el evento de que no se puedan asignar de esta manera porque no se llenan todas las curules o ninguna, la provisión se hace a los mayores residuos en forma descendente<sup>20</sup>.

En este punto, esta Sección del Consejo de Estado ha dicho que el sistema del cociente electoral corresponde a un sistema de elección proporcional y se emplea para asegurar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos en las corporaciones públicas de elección popular.

Asimismo, es posible que uno o varios de los partidos o movimientos políticos obtengan una votación igual o superior al cociente electoral, evento en el cual la asignación de escaños se hace a través del número de veces que el cociente quepa en el total de votos válidos de las agrupaciones.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P.: Mauricio Torres Cuervo. Bogotá 11 de julio de 2011. Radicado No. 2010-0054 y 2010-0105. Demandantes: Marcelino Chindoy Chicunqué y Libardo Espítia Rodríguez. Nulidad electoral. Única instancia.

También puede ocurrir que ninguna de las listas alcance el número de votos del cociente, y, en este evento, los votos válidos obtenidos por cada partido o movimiento político constituye un residuo, y la adjudicación de las curules a proveer se hace entre los mayores residuos, es decir, entre las listas más votadas.<sup>21</sup>

Para el caso de las resoluciones ahora impugnadas, el Consejo Nacional Electoral aplicó el sistema de cociente electoral. Verificado el Escrutinio, los resultados fueron:

Partido o movimiento político	Número de votos obtenidos
Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS)	48.928
Partido Alianza Social Independiente (ASI)	35.906
Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia	31.904
ORG de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana "OPIAC"	15.041
Cabildo del Resguardo de Calderas	9.419
Multiétnica Colombia	7.057
Asociación Nacional Indígena de Colombia "ANIC"	6.386
Renovación Étnica de Colombia	5.963
Cabildo Indígena de San Sebastián de los Lagos	4.078
Comunidad Indígena de Barrancón	3.901
Corporación Indígena Yanacona	3.246
Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas "OPIC"	3.163
Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos Indígenas de Colombia	2.067
Dignidades Agropecuarias Indígenas	1.881
Total de votos	178.130
Votos en blanco	139.547
Votos válidos	317.677

Luego se determinó el cociente electoral, así:

Votos válidos	317.677
Curules a proveer	2
Cociente electoral	158.838

De conformidad con los resultados y obtenido el cociente electoral, procedió a efectuar la correspondiente asignación de curules, así:

Partido o movimiento político	Total votos	Elige por cociente	Residuo	Elige por residuo	Total
Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS)	48.928	0	0,30803712	1	1
Partido Alianza Social Independiente (ASI)	35.906	0	0,226054219	1	1
Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia	31.904	0	0,195759201		0
ORG de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana "OPIAC"	15.041	0	0,094693965		0
Cabildo del Resguardo de Calderas	9.419	0	0,059299412		0
Multiétnica Colombia	7.057	0	0,044428915		0
Asociación Nacional Indígena de Colombia "ANIC"	6.386	0	0,040204485		0
Renovación Étnica de Colombia	5.963	0	0,037541394		0
Cabildo Indígena de San Sebastián de los Lagos	4.078	0	0,025673957		0
Comunidad Indígena de Barrancón	3.901	0	0,024559614		0

21 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 29 de junio de 2007. Expediente 2006-00023.

Partido o movimiento político	Total votos	Elige por cociente	Residuo	Elige por residuo	Total
Corporación Indígena Yanacona	3.246	0	0,020435916		0
Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas "OPIC"	3.163	0	0,019913371		0
Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos Indígenas de Colombia	2.067	0	0,013013259		0
Dignidades Agropecuarias Indígenas	1.881	0	0,011842254		0

Como ninguna de las listas alcanzó el cociente electoral, distribuyó las dos curules a los mayores residuos, correspondiéndole una, al Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) y la otra, al Movimiento Alianza Social Independiente (ASI), así:

<b>Movimiento Alternativo Indígena y Social</b>
Luis Évelis Andrade
<b>Alianza Social Independiente</b>
Marco Aníbal Avirama Avirama

En consecuencia, declaró elegidos como Senadores por la Circunscripción Especial Indígena a los señores Luis Évelis Andrade y Marco Aníbal Avirama Avirama.

Encuentra la Sección, que el Consejo Nacional Electoral acertó en la manera como aplicó el sistema del cociente electoral, pues como la jurisprudencia electoral lo ha explicado, si ninguna lista lo alcanza, es forzoso asignar los escaños a los mayores residuos, como efectivamente sucedió.

Se concluye entonces, que no le asiste razón al demandante al considerar que se violó el sistema constitucional de asignación de curules, puesto que como se explicó, dicho sistema también implica el uso del residuo en caso de que no se puedan asignar todas o ninguna de ellas por cociente.

Y en ese sentido, no se equivocó el Consejo Nacional Electoral ni contrarió la Constitución Política ni la ley al asignar las curules utilizando únicamente el sistema de cociente electoral sin consideración a umbral 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,

### III. FALLA

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Juvenal Arrieta González.

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**

**INHABILIDAD POR INTERVENCIÓN EN LA GESTIÓN DENEGOCIOS O CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON ENTIDADES PÚBLICAS - Generalidades/ INHABILIDAD POR INTERVENCIÓN EN LA GESTIÓN DE NEGOCIOS O CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON ENTIDADES PÚBLICAS - Presupuestos configurativos de esta causal**

Cada cargo de elección popular tiene previsto un régimen de inhabilidades, que enlista actuaciones que no pueden observarse durante un plazo determinado anterior a la inscripción o a la elección—según el caso—so pena de impedir la aspiración política. A su vez, tales prohibiciones constituyen causales de nulidad de los actos de elección popular, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, que señala:

“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”.

En el caso concreto el actor atribuye a la demandada la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política, en la parte que se subraya a continuación: “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 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 jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad, de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular. Ahora bien, la causal de inhabilidad en comento prevé varias hipótesis que pueden dar lugar a su configuración, así:

- i) La intervención en la gestión de negocios ante cualquier entidad pública.
- ii) La celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.
- iii) Haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales. Adicionalmente los

presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad, en los términos de la demanda, en tratándose de congresistas, son:

- a) la celebración de contratos ante entidades públicas,
- b) En interés propio o de terceros,
- c) Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y
- d) En la misma circunscripción de la elección.

Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad. La Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos “aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular.

De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

Nota de Relatoría: Sentencia de 5 de marzo de 2012. Rad. 2010-00025-00. M. P. Alberto Yepes Barreiro. Actor: Adrián David Cañate Mancera. Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Sucre. Sección Quinta.

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 - No se demostró la suscripción de un contrato con el Hospital Local de Cartagena**

El cargo formulado en la demanda se fundamenta en que la demandada estaba inhabilitada para ser Congresista por cuanto aquella celebró contratos con la ESE Hospital Cartagena de Indias dentro de los 6 meses anteriores a su elección, lo que a juicio del demandante se encuadra en la causal 3ª de inhabilidad que prevé el artículo 179 de la Constitución Política para los congresistas.

Ahora bien, para analizar el cargo planteado por el demandante, en primer lugar, es necesario determinar que la accionada hubiere intervenido en la celebración de contrato o contratos estatales. Para el efecto, aduce el accionante que la demandada suscribió contratos con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, para probar su afirmación, aportó con la demanda una impresión de un contrato tomado de una página de internet, cuya dirección web no es clara, en el que a su juicio se evidencia que efectivamente la señora Cure Corcione suscribió contrato

con dicha ESE seis meses antes de su elección y que por lo tanto se encontraba inhabilitada para ser Congresista.

Para la Sala es claro que el documento aportado por el accionante de ninguna manera prueba que la demandada hubiese suscrito contrato con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, en primer lugar, porque de la copia de dicho documento no se puede establecer que fuese la accionada quien lo suscribió, en mayor medida si en uno de sus apartes figura como contratista la empresa "Ferreléctrico El Toril Ltda."

En segunda medida, toda vez que la autenticidad de dicho documento es incierta, lo que no ofrece al plenario un grado de convicción tal que permita inferir sin lugar a dudas que la accionada se encontraba inhabilitada para ser Congresista 6 meses antes de la elección, pues la dirección electrónica que se observa en su parte superior no es clara y presenta rasgaduras en sus bordes.

En otras palabras, de la mencionada prueba no puede establecerse con certeza si en efecto se configuran los supuestos de hecho planteados por el señor López Romero, esto es que la demandada sin lugar a dudas hubiese suscrito contrato con la ESE Hospital Local Cartagena, pues como se indicó en precedencia, de su contenido no se puede establecer claramente dicha situación, sea porque ni siquiera aparece quién suscribió el documento o sea porque la empresa que aparece como contratista no es la señora Cure Corcione sino "Ferreléctrico El Toril Ltda".

Por esa razón, no puede esta Sala otorgarle consecuencias jurídicas a un documento del que evidentemente no se desprenden el mínimo de presupuestos para que se configure la inhabilitación endiligada, máxime cuando fue tomado de una página web cuya dirección electrónica es ilegible, lo que hace dudar aún más a la Sala sobre su procedencia y autenticidad, en los términos del artículo 244 del Código General del Proceso.

En este sentido, no sobra advertir, que la ley procesal impone a las partes cargas probatorias de obligatorio cumplimiento, que le permitan al juez esclarecer los aspectos planteados en la litis; lo que dentro del plenario se echa de menos por la parte accionante. Ahora bien, contrario a lo afirmado por el accionante, de las pruebas por él solicitadas en la demanda y decretadas en la audiencia inicial del proceso de la referencia, se puede establecer con meridiana claridad que la señora Karen Cure no celebró ni suscribió contrato alguno con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias en ningún tiempo, ni fue nombrada, bajo modalidad alguna, o mediante orden de prestación de servicios, ni contratada, ni posesionada en esa Entidad, tal como se evidencia del Oficio 2014-978.

Asimismo, para la Sala es evidente que el mencionado documento deja claro que la accionada nunca ejerció el cargo de Coordinadora de Mantenimiento, por la sencilla razón que en dicha Entidad ese cargo no existe, como se comprueba de los Acuerdos 112 de 2012 y 142 del 27 de diciembre de 2013

mediante los cuales se adoptó el Plan de Cargos y Organismos Civiles de la Empresa Social del Estado Hospital Local Cartagena de Indias para los años 2013 y 2014, respectivamente.

Le recuerda la Sala al demandante, que es menester de las partes cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en el ordenamiento jurídico, para el caso concreto, las estatuidas en la Ley 1437 de 2011, tal como lo establece el artículo 103. Así las cosas y al no haber demostrado el demandante que la accionada suscribió contrato con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, las súplicas de la demanda serán negadas.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 3

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00065-00

Actor: Carlos Víctor López Romero

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

El ciudadano Carlos Víctor López Romero, actuando en nombre propio<sup>1</sup>, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, solicitó la nulidad del formulario E-26 del 30 de marzo de 2014 que declaró la elección de la señora Karen Violette Cure Corcione como Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar, periodo 2014-2018.

Para el efecto solicitó:

*"Primera: Que se declare la nulidad parcial del acta de Declaratoria de Elección E-26, de fecha 30 de Marzo del 2014, correspondiente a la elección para la cámara de representantes por el Departamento de Bolívar, expedida por la comisión Escrutadora Departamental de Bolívar, en las elecciones del 9 de Marzo del 2014, mediante el cual se declaró la elección*

<sup>1</sup> Posteriormente otorgó poder al abogado Alcides Arrieta Meza. Fl. 235 del expediente.

de los seis miembros que conformarán la Cámara de representantes de la república de Colombia, para el periodo de 2014-2019 (sic), en atención a esta resultó elegida en contravención a lo establecido.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la credencial de Representante de la señora Karen Cure Corcione.

Tercera: Que como consecuencia de dicha declaración se excluyan del cómputo general de los votos, los depositados para la señora, Karen Cure Corcione.

Cuarta: Que como corolario de dicha declaración se ordene a ocupar la Curul, al aspirante del partido o movimiento que habiendo obtenido el umbral, le corresponda según la cifra repartidora".

## 1.2. Hechos y argumentos

El 9 de marzo de 2014 se llevaron a cabo elecciones populares, para elegir Congreso de la República y Parlamento Andino.

En dichas elecciones resultó elegida por el Partido Cambio Radical la señora Karen Cure Corcione como Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar periodo 2014-2018.

La demandada suscribió, a través de empresas temporales, diferentes contratos<sup>2</sup> con la ESE Cartagena de Indias dentro de los 6 meses anteriores a su elección, por tanto, se encontraba inhabilitada para ser elegida como Congresista, en virtud del artículo 179.3 de la Constitución.

## 1.3. Normas violadas y concepto de violación

A juicio del demandante, la accionada se encontraba inhabilitada para ser Congresista por cuanto aquella celebró contratos con la ESE Cartagena de Indias dentro de los 6 meses anteriores a su elección.

Lo anterior se encuadra en la causal 3ª de inhabilidad que prevé el artículo 179 de la Constitución Política para los congresistas, que consagra:

*"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".*

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, el demandante considera que el acto de elección acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, que 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 o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad".*

## 2. Las contestaciones

La **Registraduría Nacional del Estado Civil**, mediante apoderado, solicitó ser desvinculada del presente trámite ya que manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*.

El apoderado de la **demandada** contestó de forma extemporánea, razón por la que sus argumentos no serán tenidos en cuenta. La decisión de tener por extemporánea la contestación de la demanda fue notificada en la audiencia inicial, la cual no fue recurrida y quedó ejecutoriada.

## 3. El coadyuvante

Mediante escrito presentado el 4 de agosto de 2014, el señor José Manuel Abuchaibe Escolar solicitó que se le reconociera como tercero impugnador de la acción electoral de la referencia. En auto de 11 de agosto de 2014, el Ponente reconoció al señor Abuchaibe Escolar tal calidad.

## 4. Audiencia inicial

El 10 de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en la cual no se encontró probada la excepción previa propuesta por la Registraduría General de la Nación de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*. Esta decisión fue suplicada por la apoderada de la Entidad, razón por la que la audiencia fue suspendida mientras aquel se surtía.

En auto de 6 de noviembre de 2014 se revocó la decisión tomada en la audiencia inicial y se estableció que la vinculación

2 Para el efecto, en la demanda se relacionó según "Portal de Contratación Estatal", los siguientes contratos: "1. ESE Cartagena de Indias 15-10-2013, cargo Coordinadora de Mantenimiento. Tipo de vinculación interna.

2. ESE Cartagena de Indias 15-10-2013, cargo Coordinadora de Mantenimiento. Tipo de vinculación interna.

3. ESE Cartagena de Indias 15-10-2013, cargo Coordinadora de Mantenimiento. Tipo de vinculación interna.

4. ESE Cartagena de Indias 22-10-2013, cargo Coordinadora de Mantenimiento. Tipo de vinculación interna". No obstante, no fueron aportados. (Folio 2 del expediente).

de la Registraduría debería ordenarse siempre y cuando el defecto alegado tuviese conexidad con su actuación.

Surtido el trámite del recurso de súplica impetrado por la Registraduría, la audiencia inicial se continuó el 18 de diciembre de 2014 en la que se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas<sup>3</sup> y se cumplió con la orden de desvinculación de la Registraduría General de la Nación del proceso, como consecuencia de la decisión tomada en el recurso por ella interpuesto.

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. Ninguna decisión fue recurrida, quedando todas ejecutoriadas.

## 5. Etapa probatoria y término para alegatos de conclusión

El 18 de diciembre de 2014 se ofició a la ESE Cartagena de Indias para que remitiera con destino al proceso de la referencia, las pruebas decretadas en la audiencia inicial. El 28 de enero de 2015 la Gerente de dicha Entidad envió lo solicitado, documentos que fueron recibidos en la Secretaría de la SECCIÓN QUINTA el 3 y 6 de febrero de 2015.

Posteriormente, las pruebas allegadas fueron puestas a disposición de las partes por el término de 5 días, que empezaron a correr desde el 9 de febrero de 2015 hasta el 13 del mismo mes y año, tal como se ordenó en la audiencia inicial.

Finalmente, el término para alegar de conclusión empezó a correr el 16 de febrero de 2015 y concluyó el 27 del mismo mes y año.

## 6. Solicitudes adicionales del demandante

En escrito de 10 de febrero de 2015, el apoderado del demandante solicitó al Despacho "*aclaración y complementación del informe rendido*" por la Gerente Encargada de la ESE Cartagena de Indias por considerarlo inexacto, incompleto y confuso toda vez que no suministró "*el nombre de la empresa temporal, la fecha del contrato, la labor u objeto contractual, mediante el cual la demandada, Karen Cure Corcione, fue contratada para realizar funciones en la ESE Cartagena de Indias, como tampoco acompañó la copia del contrato como le fuera solicitado*".

Adicionalmente, el **19 de febrero de 2015** aportó documento que "*reposa en la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias*" con el cual, a su juicio, se prueba

que la demandada fungió como Coordinadora del Área de Mantenimiento de la ESE Cartagena de Indias y que contradice el informe rendido por la Gerente de esa Entidad<sup>4</sup>.

## 7. Alegatos de conclusión

El **coadyuvante** indicó que el demandante no presentó ninguna prueba que fundamente que la accionada se encontraba inhabilitada al momento de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar.

Señaló que el demandante relacionó una serie de contratos que al parecer fueron celebrados por la demandada con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias para lo cual presentó unos datos que tomó de una página web, pero no aportó prueba documental alguna que respaldara sus afirmaciones.

Afirmó que el demandante no aclaró en que consistió la celebración de contratos que hiciera la demandada mediante terceros vinculados con la ESE, por lo que es claro que esta nunca violó el régimen de inhabilidades señalado en el artículo 179 Superior.

Adujo que en el expediente obra certificación de 8 de abril de 2014 suscrita por la Gerente de la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, prueba que constituye un documento público y que certifica que la accionada "*no ha sido nombrada, posesionada, contratada en esta entidad en ningún tiempo*". Además, se trata de un documento público otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo y que por lo mismo, se presume auténtico; y, no es posible identificar alguna circunstancia que, de conformidad con las reglas probatorias, le reste mérito probatorio alguno.

La parte **demandada** manifestó que el accionante no probó los supuestos de hecho planteados en la demanda, toda vez que solo se limitó a formular apreciaciones subjetivas pero sin acompañar pruebas que acreditaran la inhabilidad endilgada, lo cual resta credibilidad, objetividad e imparcialidad a sus afirmaciones y pretensiones.

Además, señaló que el actor no solicitó directamente, ni por medio del derecho de petición las pruebas que hubiera podido conseguir, como una simple certificación de la ESE Cartagena de Indias, en la que constara si la demandada celebró o no contrato con esa Entidad dentro de los 6 meses anteriores a la elección, o si lo hizo o no por interpuesta persona.

Agregó que la obligación del demandante, si alega la celebración de un contrato estatal y comoquiera que normalmente estos constan por escrito, consistía en aportar al expediente, la prueba documental del contrato o la certificación correspondiente sobre el mismo.

<sup>3</sup> Se ofició, de conformidad con lo solicitado por el demandante, a la ESE Cartagena de Indias para que remitiera al proceso: i) Copia de todos los contratos que la demandada haya celebrado con la ESE Cartagena de Indias; desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014; y, ii) Certificado que indique si la demandada fue Coordinadora de mantenimiento al servicio de dicha ESE desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2014, a través de terceras empresas, fundaciones o corporaciones. En caso de ser así, que remita copia de dichos.

<sup>4</sup> Folios 348 a 353 del expediente.

Posteriormente, realizó un recuento sobre el régimen y la finalidad de las inhabilidades electorales, sobre lo cual expresó que son taxativas y por ello el legislador al establecerlas aplicó criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por su naturaleza y carácter restrictivo de un derecho constitucional fundamental, lo que obliga a que el operador judicial cuando adopte una decisión, verifique la configuración de las causales de inhabilidad desde el ámbito puramente objetivo y con las pruebas aportadas al proceso, dejando de lado interpretaciones subjetivas, toda vez que dicho régimen es eminentemente objetivo.

A renglón seguido indicó que para que se configure la causal de inhabilidad invocada por el actor, es necesario que el contrato que se atribuye al elegido sea estatal, es decir, un contrato con formalidades plenas el cual requiere la participación de una entidad pública o una persona jurídica de derecho público, que sea escrito y que se perfeccione con el acuerdo de voluntades sobre su objeto y contraprestación, además de su publicación conforme a la ley.

Manifestó que con la prueba solicitada por el demandante se constató que la demandada no intervino en la celebración o suscripción de contratos, pues el documento que así lo certifica es un documento público y auténtico, otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y por solicitud de un juez, con fecha cierta y con certeza de la persona que lo suscribió. Prueba con la que se demuestra que no se configura la causal de inhabilidad endilgada.

Afirmó que los contratos aportados por el demandante los obtuvo de una página web y en dichos documentos se afirma que estos contratos no fueron publicados en el sistema electrónico para la contratación pública (Secop) y en los que la demandada figura aparentemente como Coordinadora de Mantenimiento. En esa medida, insiste que no se le debe dar valor probatorio a dichos documentos pues desconocen lo contemplado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la publicación exigida es requisito para la existencia del mismo y para ser oponible ante terceros.

Adujo que de la certificación allegada por la Gerente de la ESE Cartagena de Indias, se puede inferir que la demandada no fue Coordinadora de Mantenimiento de esa Entidad, toda vez que como se evidencia de dicha prueba, tal cargo no existe en la planta de personal con lo que queda plenamente acreditado que la accionada no se desempeñó como servidora pública, pues existe plena prueba de su no vinculación a una entidad pública mediante nombramiento o posesión durante el término de la inhabilidad.

Señaló que, toda vez que el accionante no logró probar nada en el proceso, solicitó de manera extemporánea otra serie de pruebas que denominó *“aclaración, complementación informe y se solicita aporte de documentos”* con el pretexto de que la certificación expedida por la Gerente de la ESE es *“inexacta, incompleta y confusa”* sin tacharla de falsa, pero lo cierto es que si se comparan las preguntas formuladas en la

demanda con las respuestas ofrecidas por la Entidad se observa sin lugar a dudas su claridad absoluta sobre todos los aspectos solicitados.

Argumentó que lo que ahora pretende el demandante al solicitar la *“aclaración y complementación”* de la prueba allegada al plenario, es que se decreten nuevas pruebas que no solicitó.

Manifestó que el actor no acreditó la existencia de un contrato con una entidad pública en cuya celebración el elegido hubiere intervenido o participado activamente o en las gestiones tendientes a su celebración, en interés propio o de terceros dentro de los 6 meses anteriores a la elección, y si se hizo en forma directa o por interpuesta persona.

Enfatizó que la demandada no intervino en la gestión de negocios, toda vez que no realizó diligencias o actividades o acercamientos dirigidos a concretar una relación con la ESE Cartagena de Indias o con otra similar, para lograr de ella un beneficio para sí o para un tercero.

Señaló que en el caso de los Representantes a la Cámara los negocios deben gestionarse ante una entidad del orden departamental, porque a esa circunscripción pertenece el cargo, y toda vez que la ESE Hospital Cartagena de Indias es del orden municipal o distrital no se configura la inhabilidad.

Asimismo, expresó que dicha inhabilidad requiere que se compruebe objetivamente el ejercicio de jurisdicción o autoridad como empleado público en el tiempo inhabilitante.

Concluyó que en el hipotético caso de que la accionada hubiese sido contratada por una empresa particular de servicios temporales y que en desarrollo del contrato hubiere prestado temporalmente sus servicios profesionales a la ESE Cartagena de Indias no se configuraría la causal de inhabilidad por ejercicio de función o autoridad, por cuanto en dichos eventos, no se ostenta la calidad de empleado público sino que hubiera cumplido funciones públicas como particular.

Posteriormente, el abogado de la demandada allegó escrito en el que complementó su argumentación inicial para alegar que el demandante aportó al proceso una prueba extemporánea, por fuera del término legal correspondiente, el cual según aquel, es prueba de que la demandada fungió como Coordinadora del Área de Mantenimiento al servicio de la ESE Hospital Cartagena de Indias, por lo cual considera erradamente que contradice la certificación expedida por la Gerente de dicha entidad.

Indicó que en el presente proceso no proceden las pruebas de oficio, toda vez que estas solamente se pueden decretar cuando el criterio del juez o magistrado lo estimen necesario y no a petición de parte, como ocurre en el *sub judice* pues no son necesarias para el esclarecimiento de los hechos toda vez que estos son claros.

Adujo que, de admitir la prueba aportada de forma extemporánea por el demandante se vulneraría el derecho al debido proceso probatorio a que hace referencia el artículo 214 del CPACA además, señaló que de dicho documento no se puede verificar quién fue el responsable de su elaboración.

El **accionante** manifestó que la ESE Cartagena de Indias faltó a la verdad en el informe que remitió al proceso de la referencia al no remitir el contrato que, a su juicio, suscribió la demandada con esa Entidad, lo que precisa una clara obstrucción a la justicia.

Afirmó que en la prueba que allegó el 19 de febrero de 2015 se observa con claridad que la demandada era Coordinadora de Mantenimiento y que ejerció al servicio de la ESE Cartagena de Indias.

Argumentó que la prueba que aportó con la demanda indica de forma precisa que la señora Karen Cure ejerció el cargo de Coordinadora de Mantenimiento, pero el informe rendido por la Gerente de la ESE lo niega pese a aceptar que trabajó dentro del periodo "de septiembre de 2013 a 2014", pero que no lo hizo para esa Entidad, lo que contradice la prueba emanada de la Contraloría General de la República.

## 8. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 27 de febrero de 2015, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda, ya que, a su juicio, no existe prueba que la demandada hubiese celebrado contrato alguno con una entidad pública, específicamente con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias.

Señaló que por el contrario, el certificado suscrito por la Gerente de esa Entidad da cuenta de que la demandada no suscribió contrato alguno con entidad pública dentro de los 6 meses antes de su elección como Representante a la Cámara.

Manifestó que en el expediente obra un documento impreso de una página web en el que se señala que la ESE Hospital Local Cartagena de Indias suscribió un contrato con "Ferreléctrico El Toril Ltda.", el que al parecer fue firmado el 25 de noviembre de 2013 en donde figura la demandada como interventora o supervisora porque se desempeñaba como Coordinadora de Mantenimiento, información que en nada varía la configuración o no de la causal en estudio pues de dicho documento no se establece que efectivamente la demandada lo haya suscrito, pues allí se indica que el contratista fue "Ferreléctrico El Toril Ltda.", ni tampoco se evidencia que la referida ciudadana haya participado de manera activa en la etapa precontractual y que su actuación hubiese sido determinante para la suscripción del citado contrato.

Concluyó que el anterior documento indica que la demandada se desempeñaba como Coordinadora de Mantenimiento sin precisar si dicho cargo lo ejercía en la empresa contratista o

en la entidad contratante, empleo o cargo que no señala de manera *per se* suscripción de contrato alguno (pues allí mismo se señala que fue persona diferente a la demandada la que suscribió ese contrato) y tal como se desprende del certificado expedido por la Directora de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, el cargo que se certifica ocupaba la demandada no pertenece a la planta de personal de dicha institución.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA,<sup>5</sup> esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia toda vez que la demanda ataca la legalidad del formulario E-26 del 30 de marzo de 2014 que declaró la elección de la señora Karen Violette Cure Corcione como Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar, periodo 2014-2018.

### 2. Cuestión previa

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, el demandante en escritos de 10 de febrero de 2015 y 19 del mismo mes y año solicitó respectivamente:

i) "Aclaración y complementación del informe rendido" por la Gerente Encargada de la ESE Cartagena de Indias por considerarlo inexacto, incompleto y confuso toda vez que no suministró "el nombre de la empresa temporal, la fecha del contrato, la labor u objeto contractual, mediante el cual la demandada, Karen Cure Corcione, fue contratada para realizar funciones en la ESE Cartagena de Indias, como tampoco acompañó la copia del contrato como le fuera solicitado", y

ii) Se tuviera en cuenta documento que "reposa en la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias" con el cual, a su juicio, se prueba que la demandada fungió como Coordinadora del Área de Mantenimiento de la ESE Cartagena de Indias.

Respecto de la solicitud de 10 de febrero de 2015 esta Sala evidencia que el informe rendido por la Gerente de la ESE Cartagena de Indias se corresponde con las pruebas decretadas en la audiencia inicial, en el sentido de indicar de forma clara y precisa si la demandada celebró, o no, contratos directa o indirectamente con esa Entidad, desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014; como también certificó de

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).

forma completa y detallada que la accionada no ejerció como Coordinadora de Mantenimiento al servicio de dicha ESE desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2014.

En efecto, dicha prueba fue decretada en la audiencia inicial en los siguientes términos:

*“Se oficiará a la ESE Cartagena de Indias para que remita:*

*- Copia de todos los contratos que la demandada haya celebrado con la ESE Cartagena de Indias; desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014.*

*- Certificado que indique si la demandada fue Coordinadora de mantenimiento al servicio de dicha ESE desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2014, a través de terceras empresas, fundaciones o corporaciones. En caso de ser así, que remita copia de dichos contratos”.*

Por su parte, el documento allegado por la ESE Cartagena de Indias indica:

*1. Se certifica que la Doctora Karen Cure Corcione no ha celebrado ni suscrito con esta entidad contrato alguno, en ningún tiempo. De igual manera se certifica que la mencionada doctora no fue nombrada, bajo modalidad alguna, o mediante orden de prestación de servicios ni contratada, ni posesionada por esta ESE Hospital Local Cartagena de Indias S. A. ESP.*

*2. Se certifica que la doctora Karen Cure Corcione, no fue coordinadora de mantenimiento al servicio de esa ESE, durante el periodo septiembre de 2013 hasta marzo de 2014, por cuanto dicho cargo no existe de conformidad con la estructura de la planta de personal de la ESE Cartagena de Indias, ni ha sido vinculada en dicho cargo, a través de terceras empresas, fundaciones o corporaciones, para lo cual remito copia de los Acuerdos de la Junta Directiva por medio de los cuales se aprueba el Plan de Cargos para cada vigencia, como lo fueron el Acuerdo No. 112 del 26 de diciembre de 2012 y 142 del 27 de diciembre de 2013”.*

Por lo anterior, no le asiste razón al demandante al indicar que dicho informe es inexacto, incompleto y confuso, pues como se dijo en precedencia, el documento emanado de la autoridad competente para proferirlo, certificó lo que el Despacho en su momento solicitó, valga decir, en los términos en que se planteó en la demanda.

Por otra parte, respecto de la prueba aportada el 19 de febrero de 2015 con la que el demandante pretende probar que la señora Cure Corcione fungió como Coordinadora del

Área de Mantenimiento de la ESE Cartagena de Indias y que “*reposa en la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias*”, esta Sala prescindirá de su estudio toda vez que, tal como lo manifestó el apoderado de la demandada, fue allegada de forma extemporánea.

Lo anterior, toda vez que no se avino a los términos establecidos en el artículo 212 del CPACA, que señala expresamente la oportunidad con que cuentan las partes para solicitar o aportar pruebas, así:

*“Artículo 212. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

*En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritos a la cuestión planteada.*

*(...)*”

En otras palabras, el demandante allega al plenario una prueba que considera demuestra los supuestos de hecho planteados en la demanda, más la oportunidad probatoria para aportar dicha prueba no cumple con los requisitos señalados por la normativa transcrita en precedencia, que a pesar de referirse a procesos de primera y segunda instancia, se aplica también a aquellos de única por tener un trámite semejante, sino igual, a los de primera.

Esto es, en *la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta*; por tal motivo, y como se dijo *ab initio*, esta Sala se abstendrá de realizar elucubración alguna relacionada con el material probatorio mencionado.

Ahora bien, si en gracia de discusión esta esta Sala, para garantizar la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, decidiera aceptar la prueba allegada por el demandante de forma extemporánea, evidenciaría que dicho documento resulta impertinente para dilucidar el problema jurídico planteado en la audiencia inicial como se pasará a explicarse:

La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas “*deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia*”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> López Blanco, óp. cit., pág. 74.

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso<sup>7</sup>.

En el caso concreto, la "pertinencia" de la prueba aportada está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba es determinante o no para el proceso electoral, se debe examinar si el medio de convicción aportado tiene vocación de demostrar que la demandada se encuentra inhabilitada según el numeral 3 del artículo 179 Constitucional por haber celebrado contratos con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias.

Conforme a lo expuesto, es necesario precisar que el documento pretende ahondar sobre situaciones que se presentaron el 6 de septiembre de 2013, o incluso anteriores, es decir, hechos que acacieron por fuera del periodo inhabilitante a que se refiere la tercera de las causales de inhabilidad del artículo 179 Superior, que en el caso concreto va desde el 9 de septiembre de 2013 al 9 de marzo de 2014.

En otras palabras, lo que pretende acreditar el demandante con la prueba aportada desborda el período inhabilitante que consagra la Constitución para la "celebración de contratos".

En efecto, el numeral 3° del artículo 179 señala que la inhabilidad se materializa "dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección" lo que significa que solo atañe al proceso electoral que hoy nos ocupa, estudiar las pruebas que evidencien la presunta inhabilidad que se indilga a la señora Cure Corcione y que se encuentren dentro de los seis meses anteriores al 9 de marzo de 2014, fecha en la cual se produjo la elección de la demandada.

Cualquier medio de convicción que intente llevar a la certeza sobre hechos ocurridos más allá del tiempo antes descrito, esto es, los seis meses previos a la elección, desborda el objeto de la litis y se volvería inocuo<sup>8</sup>. Por ello, la Sala considera que es errónea la posición del demandante cuando afirma que dicha prueba constata plenamente la inhabilidad de la demandada pues aquella hace referencia a hechos ocurridos antes del periodo inhabilitante.

Así pues, el documento relacionado en precedencia indica:

*"En la oficina asignada a la comisión auditora, donde se adelanta el proceso de auditoría Gubernamental con Enfoque integral Modalidad Regular, a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, vigencia 2012, nos reunimos los funcionarios arriba enunciados y los responsables de la ejecución de la gestión del*

*sujeto de control en lo referente a los programas y proyectos suscritos en los Planes Operativos de Acción Programado y ejecutado en coherencia con el Plan de Desarrollo Institucional 2008-2011 "Por una ESE Económicamente Rentable, Socialmente Responsable y Ambientalmente Sostenible y de conformidad con lo rendido mediante Herramienta Electrónica SIA 2012".<sup>9</sup> (Negrillas de la Sala).*

Bajo este panorama, se puede afirmar que la prueba aportada versa sobre situaciones fácticas que sobrepasan el tiempo del período inhabilitante, pues es evidente que los hechos relacionados con la presunta celebración de contratos adelantada por la demandada en el año 2012, acacieron con antelación al lapso consagrado por el constituyente para esta clase de inhabilidad.

### 3. Análisis del cargo formulado

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si la demandada vulneró la inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 Superior por haber supuestamente la accionada intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección.

Para solucionar este problema jurídico la Sala examinará las generalidades y presupuestos para la configuración de la inhabilidad endilgada, para finalmente proceder a resolver el caso concreto y determinar si la accionada incurrió en la causal que alegó el demandante como vulnerada.

#### 3.1. De la inhabilidad por intervención en la gestión de negocios o celebración de contratos con entidades públicas - artículo 179 numeral 3 Superior

Son derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución Política ser elegido (artículo 40, numeral 1) y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numeral 7).

No obstante, la propia Constitución y la ley contemplan restricciones al ejercicio de tales derechos, motivadas en otras garantías –también constitucionales– como el interés general, la igualdad y el ejercicio eficiente de la función pública. Es justamente el caso de las inhabilidades para ocupar cargos de elección popular.

Es abundante la jurisprudencia sobre la justificación de las inhabilidades electorales. En tal sentido, ha dicho la Corte Constitucional que los regímenes de inhabilidades persiguen "impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no ostentan las condiciones y cualidades que han sido estatuidas para asegurar la idoneidad y probidad

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. (e): Alberto Yepes Barreiro. 5 de marzo de 2015. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00111-00. Actora: Adelaida Atuesta Colmenares. Demandado: Jaime Buenahora Febres - Representante a la Cámara Circunscripción Internacional. Recurso de Súplica.

<sup>9</sup> La fecha que se infiere del documento es 6 de septiembre de 2013.

del que aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público”<sup>10</sup>.

En términos similares, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación explica que: “el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de esta en las diferentes ramas del Poder Público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores”.<sup>11</sup>

Siguiendo ese derrotero, la Sección Quinta ha señalado que las inhabilidades “buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía del derecho de igualdad de oportunidades”.<sup>12</sup>

Es así como cada cargo de elección popular tiene previsto un régimen de inhabilidades, que enlista actuaciones que no pueden observarse durante un plazo determinado anterior a la inscripción o a la elección –según el caso– so pena de impedir la aspiración política.

A su vez, tales prohibiciones constituyen causales de nulidad de los actos de elección popular, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, que señala:

*“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”.*

En el caso concreto el actor atribuye a la demandada la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política, en la parte que se subraya a continuación:

*“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 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”.* (Se destaca).

La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad, de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular.<sup>13</sup>

Ahora bien, la causal de inhabilidad en comento prevé varias hipótesis que pueden dar lugar a su configuración, así:

- i) La intervención en la gestión de negocios ante cualquier entidad pública.
- ii) La celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.
- iii) Haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

Adicionalmente los presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad, en los términos de la demanda, en tratándose de congresistas, son:

- a. la celebración de contratos ante entidades públicas,
- b. En interés propio o de terceros,
- c. Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y
- d. En la misma circunscripción de la elección.

**Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad.**

La Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos “aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular”<sup>14</sup>. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también

10 Sentencia C-064 de 2003.

11 Sentencia de 21 de abril de 2009, Rad. 2007-00581(PI).

12 Sentencia de 31 de julio de 2009, Rad. 2007-00244-02.

13 Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. Alberto Yepes Barreiro. 5 de marzo de 2012. Radicación No. 2010-00025-00. Actor: Adrián David Cañate Mancera. Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Sucre.

14 Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.<sup>15</sup>

Hechas las anteriores precisiones, la Sala se ocupará de verificar, si en el caso en estudio se encuentran reunidos los presupuestos para que se configure la inhabilidad objeto de estudio, siendo preciso advertir que el cargo formulado por el demandante se sustenta en el hecho de que la demandada intervino en la celebración de un negocio jurídico.

#### 4. Caso concreto

El cargo formulado en la demanda se fundamenta en que la demandada estaba inhabilitada para ser Congresista por cuanto aquella celebró contratos con la ESE Hospital Cartagena de Indias dentro de los 6 meses anteriores a su elección, lo que a juicio del demandante se encuadra en la causal 3ª de inhabilidad que prevé el artículo 179 de la Constitución Política para los congresistas.

La causal de inhabilidad consagra:

*"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".*

Como consecuencia de lo anterior, el demandante considera que el acto de elección acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, que 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 o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad".*

Por otra parte, la accionada afirma que nunca celebró contratos con la ESE Hospital Cartagena de Indias, además, el accionante no probó si quiera de manera sumaria los supuestos de hecho planteados en la demanda, toda vez que solo se limitó a formular apreciaciones subjetivas pero sin acompañar pruebas que acreditaran la inhabilidad endilgada, lo cual resta credibilidad, objetividad e imparcialidad a sus afirmaciones y pretensiones.

En el expediente obran como pruebas principales los siguientes documentos:

- Contrato tomado de una página web<sup>16</sup>, aportado por el demandante en el que se aprecian los siguientes datos relevantes:

*"Objeto del contrato: Suministro de insumos para el mantenimiento de la infraestructura de los centros de atención y sede administrativa de la ESE HLCI.*

(...)

*Régimen de contratación: Régimen privado*

(...)

*Contratista Nombre: Ferreléctrico El Toril Ltda.*

(...)

*Interventor o Supervisor Nombre: Karen Violet Cure*

(...)

*Tipo de vinculación: Interno*

*Cargo: Coordinadora de Mantenimiento*

*Fecha firma o suscripción: 2013-11-25*

(...)

*Fecha terminación: 2013-12-31"*

- Certificación aportada por el coadyuvante en la que consta:

*"La suscrita gerente de la ESE Hospital Local Cartagena de Indias*

*HACE CONSTAR:*

*Que la señora Karen Violette Cure Corcione identificada con cédula de ciudadanía No. 33.308.281 de Magangué (Bol.), no ha sido nombrada, posesionada, contratada en esta entidad en ningún tiempo.*

*Esta certificación se expide a solicitud de Karen Violette Cure Corcione.*

*Para constancia se firma en Cartagena a los 3 días del mes de abril de 2014"*<sup>17</sup>.

- Oficio 2014-978 suscrito por la Gerente de la ESE Hospital Local Cartagena de Indias:<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654.

<sup>16</sup> No es clara la dirección de la página de donde fue tomado dicho contrato, ni se evidencia quien lo suscribió. (Folios 5 a 14 del expediente).

<sup>17</sup> Folio 154 del expediente.

<sup>18</sup> Folio 332 del expediente.

*“De la manera más atenta doy respuesta a su Oficio No. 2014-978, mediante el cual solicita certificación y copias de documentos a esta entidad, con destino al proceso electoral que se adelanta contra la Representante Karen Violette Cure Corcione, bajo el radicado 11001-03-28-000-2014-00065-00.*

*Al respecto le expreso claramente sobre los dos puntos preguntados, en su orden, lo siguiente:*

*1.- Se certifica que la Doctora Karen Cure Corcione no ha celebrado ni suscrito con esta entidad contrato alguno, en ningún tiempo. De igual manera se certifica que la mencionada doctora no fue nombrada, bajo modalidad alguna, o mediante orden de prestación de servicios ni contratada, ni posesionada por esta ESE Hospital Local Cartagena de Indias S. A. ESP.*

*2.- Se certifica que la doctora Karen Cure Corcione, no fue coordinadora de mantenimiento al servicio de esa ESE, durante el periodo septiembre de 2013 hasta marzo de 2014, por cuanto dicho cargo no existe de conformidad con la estructura de la planta de personal de la ESE Cartagena de Indias, ni ha sido vinculada en dicho cargo, a través de terceras empresas, fundaciones o corporaciones, para lo cual remito copia de los Acuerdos de la Junta Directiva por medio de los cuales se aprueba el Plan de Cargos para cada vigencia, como lo fueron el Acuerdo No. 112 del 26 de Diciembre de 2012 y 142 del 27 de diciembre de 2013. Durante el periodo mencionado en este punto, la ESE Cartagena de Indias tuvo varios contratos con Empresas Particulares de Servicios Temporales, quienes seleccionan a su personal con absoluta autonomía y de acuerdo a sus procedimientos internos, razón por la cual se le solicitó los servicios de un particular Arquitecto y/o Ingeniero Civil, con dos años de experiencia. Por ello, la Doctora Karen Cure Corcione trabajó para una de esas empresas, bajo su subordinación y a nombre de la misma, sin ninguna autoridad civil, política o administrativa y sus actividades fueron asignadas a través de un Contrato Laboral que se rige por el Derecho Privado con la empresa de Servicios Temporales. De conformidad con la Ley 1581 de 2012 y su Decreto reglamentario 1377 de 2013 esa es la información que se tiene y cualquier información adicional sobre este aspecto debe reposar en los archivos de dicha entidad”.*

- Copia del Acuerdo No. 112 de 2012<sup>19</sup> *“Por medio del cual se presenta para su adopción y aprobación el Plan de Cargos y Organismos Civiles de la Empresa Social del Estado Hospital Local Cartagena de Indias, para la vigencia del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 2013”* en cuyo artículo 1º se adoptaron los siguientes cargos:

<b>Denominación del Cargo</b>
Gerente
Subgerente Administrativo
Jefe Oficina Control Interno
Jefe Oficina Control Disciplinario
Profesional Universitario
Técnico Área Salud
Técnico Administrativo
Auxiliar Área Salud –Aux.-Infsalud
Secretaria
Auxiliar Servicios Generales
Celador
Subgerente Científico
Médico General (8 horas)
Médico General (4 horas)
Odontólogo (8 horas)
Odontólogo (4 horas)
Enfermero
Auxiliar Área Salud – Aux. consodont
Auxiliar Área Salud – Aux. Higoral
Auxiliar Área Salud - Auxenf

- Acuerdo No. 142 del 27 de diciembre de 2013 *“Por medio del cual se aprueba el Plan de Cargos de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre de 2014”* en el que se evidencian los mismos cargos mencionados en el cuadro anterior, excepto el de Técnico Administrativo.<sup>20</sup>

Ahora bien, para analizar el cargo planteado por el demandante, en primer lugar, es necesario determinar que la accionada hubiere intervenido en la celebración de contrato o contratos estatales.

Para el efecto, aduce el accionante que la demandada suscribió contratos con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, para probar su afirmación, aportó con la demanda una impresión de un contrato tomado de una página de internet, cuya dirección web no es clara, en el que a su juicio se evidencia que efectivamente la señora Cure Corcione suscribió contrato con dicha ESE seis meses antes de su elección y que por lo tanto se encontraba inhabilitada para ser Congresista.

19 Folios 334 y 335 del expediente.

20 Folios 336 y 337 del expediente.

Para la Sala es claro que el documento aportado por el accionante de ninguna manera prueba que la demandada hubiese suscrito contrato con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, en primer lugar, porque de la copia de dicho documento no se puede establecer que fuese la accionada quien lo suscribió, en mayor medida si en uno de sus apartes figura como contratista la empresa "Ferreléctrico El Toril Ltda."

En segunda medida, toda vez que la autenticidad de dicho documento es incierta, lo que no ofrece al plenario un grado de convicción tal que permita inferir sin lugar a dudas que la accionada se encontraba inhabilitada para ser Congresista 6 meses antes de la elección, pues la dirección electrónica que se observa en su parte superior no es clara y presenta rasgaduras en sus bordes.

En otras palabras, de la mencionada prueba no puede establecerse con certeza si en efecto se configuran los supuestos de hecho planteados por el señor López Romero, esto es que la demandada sin lugar a dudas hubiese suscrito contrato con la ESE Hospital Local Cartagena, pues como se indicó en precedencia, de su contenido no se puede establecer claramente dicha situación, sea porque ni siquiera aparece quién suscribió el documento o sea porque la empresa que aparece como contratista no es la señora Cure Corcione sino "Ferreléctrico El Toril Ltda".

Por esa razón, no puede esta Sala otorgarle consecuencias jurídicas a un documento del que evidentemente no se desprenden el mínimo de presupuestos para que se configure la inhabilitación endiligada, máxime cuando fue tomado de una página web cuya dirección electrónica es ilegible, lo que hace dudar aún más a la Sala sobre su procedencia y autenticidad, en los términos del artículo 244 del Código General del Proceso<sup>21</sup>.

En este sentido, no sobra advertir, que la ley procesal impone a las partes cargas probatorias de obligatorio cumplimiento, que le permitan al juez esclarecer los aspectos planteados en la *litis*; lo que dentro del plenario se echa de menos por la parte accionante.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el accionante, de las pruebas por él solicitadas en la demanda y decretadas en la audiencia inicial del proceso de la referencia, se puede establecer con meridiana claridad que la señora Karen Cure no celebró ni suscribió contrato alguno con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias en ningún tiempo, ni fue nombrada, bajo modalidad alguna, o mediante orden

de prestación de servicios, ni contratada, ni posesionada en esa Entidad, tal como se evidencia del Oficio 2014-978.

Asimismo, para la Sala es evidente que el mencionado documento deja claro que la accionada nunca ejerció el cargo de Coordinadora de Mantenimiento, por la sencilla razón que en dicha Entidad ese cargo no existe, como se comprueba de los Acuerdos 112 de 2012 y 142 del 27 de diciembre de 2013 mediante los cuales se adoptó el Plan de Cargos y Organismos Cíviles de la Empresa Social del Estado Hospital Local Cartagena de Indias para los años 2013 y 2014, respectivamente.

Ahora bien, advierte la Sala que no basta con la sola afirmación del actor en el sentido de indicar que la demandada se encuentra inhabilitada para ser Congresista, porque a su juicio celebró contrato con la ESE Hospital Cartagena de Indias, ya que no se trata de un hecho que pueda suponerse o que esté exento de prueba, pues por el contrario corresponde a una situación frente a la cual se tiene la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del C. G. P., según el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Le recuerda la Sala al demandante, que es menester de las partes cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en el ordenamiento jurídico, para el caso concreto, las estatuidas en la Ley 1437 de 2011, tal como lo establece el artículo 103 de esta normativa:

*"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código".*

Así las cosas y al no haber demostrado el demandante que la accionada suscribió contrato con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, las súplicas de la demanda serán negadas.

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,

### III. FALLA

**Primero:** Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Carlos Víctor López Romero.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Susana Buitrago Valencia**

**Alberto Yepes Barreiro**

<sup>21</sup> Artículo 244. Documento auténtico. *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.* Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos. Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones. (Negrillas fuera de texto).

## ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

### PRUEBAS - Finalidad/MATERIAL PROBATORIO - si no fue solicitado y aportado en las oportunidades legales no debe tenerse en cuenta al momento de realizar la evaluación de los medios probatorios regular y oportunamente aportados

Así las cosas, el análisis realizado resulta irrelevante y lleva a la confusión, por cuanto el material demostrativo referenciado no ha debido ser valorado, en atención a que si no fue solicitado y aportado en las oportunidades legales, es obvio que no debe tenerse en cuenta al momento de realizar la evaluación de los medios probatorios regular y oportunamente aportados (art. 164 C. G. P. y 174 del C. P. C.).

Por otra parte si algún reparo se hubiere tenido frente al material probatorio debidamente allegado al plenario, las partes e intervinientes tuvieron la oportunidad legal para cuestionarlo y contradecirlo, evento que según el recuento de la actuación procesal realizado en la providencia no se dio. (...) Es importante recordar que el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas, exige ciertos requisitos consagrados en las disposiciones legales, que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas de obligatorio cumplimiento por el juez y por las partes.

Cualquier transgresión del operador judicial al observar un medio demostrativo adosado en contravía de lo dispuesto supone grave quebranto al proceso debido y puede generar una nulidad procesal. Por lo tanto, realizar una apreciación y evaluación sobre una prueba allegada en forma inoportuna y hacer razonamientos valorativos sobre una contradicción a una prueba que no se dio en el momento procesal indicado, podría atentar contra el debido proceso y el derecho de defensa de las partes e intervinientes con interés en el proceso al pronunciarse el juez sobre aquello que a la luz del acervo procesal no existe.

#### Aclaración de voto

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala, con la cual se negaron las pretensiones de la demanda dirigida a declarar la nulidad de la elección como Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar de la señora Karen Violette Cure Corcione por considerar que se encontraba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política.

En la decisión que finalmente comparto proferida por la Sección Quinta, en la cual ahora aclaro mi voto, se realizó una

consideración previa alrededor de una solicitud de aclaración y complementación de un informe rendido por el Gerente de la ESE Cartagena y del aporte en forma extemporánea de un documento de la Contraloría Distrital de Cartagena, material probatorio que **según la audiencia inicial no fue decretado por el Despacho.**

Así las cosas, el análisis realizado resulta irrelevante y lleva a la confusión, por cuanto el material demostrativo referenciado **no ha debido ser valorado**, en atención a que si no fue solicitado y aportado en las oportunidades legales, es obvio que no debe tenerse en cuenta al momento de realizar la evaluación de los medios probatorios regular y oportunamente aportados (art. 164 C. G. P. y 174 del C. P. C.). Por otra parte si algún reparo se hubiere tenido frente al material probatorio debidamente allegado al plenario, las partes e intervinientes tuvieron la oportunidad legal para cuestionarlo y contradecirlo, evento que según el recuento de la actuación procesal realizado en la providencia no se dio.

En palabras del tratadista Jairo Parra Quijano<sup>1</sup>, *“la prueba para ser apreendida, para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar y, además, su immaculación<sup>2</sup>, es decir, exenta de vicios como dolo, error, violencia, etc.”.*

Es importante recordar que el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas, exige ciertos requisitos consagrados en las disposiciones legales, que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas de obligatorio cumplimiento por el juez y por las partes. Cualquier transgresión del operador judicial al observar un medio demostrativo adosado en contravía de lo dispuesto supone grave quebranto al proceso debido y puede generar una nulidad procesal<sup>3</sup>.

Por lo tanto, realizar una apreciación y evaluación sobre una prueba allegada en forma inoportuna y hacer razonamientos valorativos sobre una contradicción a una prueba que no se dio en el momento procesal indicado, podría atentar contra el debido proceso y el derecho de defensa de las partes e intervinientes con interés en el proceso al pronunciarse el juez sobre aquello que a la luz del acervo procesal no existe.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración de voto.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez  
Consejera de Estado

1 “Manual de Derecho Probatorio”, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá 2006 pg. 11.

2 Devis Echandía, Hernando, “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo 2, 7 Ed., Bogotá 1982, Pg. 20.

3 Ver entre muchas, sentencia de la Corte Constitucional T-504 de 1998.

#### **INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA**

- **Quienes tengan vínculos o parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política/SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**
- **Interpretación del factor temporal de la inhabilidad contenida en numeral 5 del artículo 179 Constitucional/INHABILIDAD POR VÍNCULO O PARENTESCO CON FUNCIONARIOS QUE EJERZAN AUTORIDAD CIVIL O POLÍTICA**
- **Se entenderá materializada si se ejerce autoridad desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato**

Para la Sala, la correcta interpretación de un artículo constitucional debe incluir el elemento teleológico o finalístico, el cual permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin o propósito de este, es decir, al objeto que se buscó conseguir mediante su establecimiento.

Entonces, como argumento para sustentar la modificación de la jurisprudencia actual, se acude a la interpretación finalística, la cual precisa que el fundamento de estas prohibiciones es eliminar el nepotismo y el establecimiento de dinastías familiares, razón por la cual debe preferirse una tesis que responda a los requerimientos planteados por el constituyente.

En el *sub lite*, se encuentra que si bien la interpretación literal que se ha prolijado no está prohibida la misma resulta incompatible con la parte axiológica de la Carta Política, toda vez que:

i) va en contravía de los principios que sustentan la inhabilidad y

ii) dicha técnica de interpretación es irreconciliable con el derecho a la igualdad, la moralidad, transparencia y aquellas condiciones éticas mínimas que se exigen de quien aspira a representar al constituyente primario en el Congreso de la República. Unos de los principales reproches que se le hace a la tesis según la cual la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional se configura solo si el pariente ejerce autoridad el día de las elecciones, es que la misma desconoce el derecho a la igualdad contenido en los artículos 13 y 40 de la Constitución.

La Sala considera que la tesis actual respecto a cómo debe entenderse el factor temporal de la inhabilidad objeto de estudio, desconoce el derecho a la igualdad en materia electoral como finalidad propuesta por el constituyente al establecer la inhabilidad del numeral 5 artículo 179 Constitucional.

Por consiguiente, es evidente que solo mediante la adopción de una interpretación diferente a la hasta ahora adoptada se puede alcanzar en mayor medida el objetivo fijado para esta disposición, esto es, impedir que el poder político se concentre en manos de pocas familias.

Los anteriores argumentos son suficientes para demostrar porque no resulta viable seguir afirmando que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 se configura únicamente si el pariente de la persona elegida ejerce autoridad el día de las elecciones.

Una vez esbozadas las razones por las cuales debe modificarse la línea jurisprudencial que la Sala electoral ha asentado frente al factor temporal de la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política, surge la siguiente pregunta:

¿Cuál debe ser entonces la interpretación del factor temporal de la inhabilidad, de forma tal que se alcancen todos los fines propuestos por 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 subregla que se deriva de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Superior, es que aquella se entenderá materializada si se ejerce autoridad desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato.

Esto es así, porque el ejercicio de autoridad civil o política debe entenderse configurado razonablemente dentro del término de las elecciones, es decir, durante el término que dure la campaña y hasta que se declare la elección respectiva.

En efecto, la campaña electoral para cualquier interesado 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 y no antes ni después, cuando la sociedad tiene certeza de que aquel se convierte en candidato dentro de la pugna por la conformación del poder público.

De la misma forma, las "elecciones" terminan con la expedición del acto de elección, pues es mediante aquel que el candidato se despoja de dicha calidad y se convierte en miembro de una corporación pública, lo cual en el caso que nos ocupa significa que el candidato se convierte en "congresista" electo y por ello se puede dar plena aplicación a las disposiciones contenidas en el tenor del artículo 179 Constitucional. Igualmente, es de anotar que es desde este momento que empieza a correr el término de 30 días que otorga el CPACA para interponer el medio de control de nulidad electoral.

Así las cosas, es razonable que el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional se encuentre entre estos dos extremos, pues precisamente, se reitera que, el lapso que delimitan estos dos momentos, abarca todo el período de tiempo en el que transcurre la campaña electoral y en el cual se puede utilizar la autoridad civil o política para favorecer la elección de algún familiar.

**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - Alcance.  
Aplicación/PRINCIPIO DE CONFIANZA  
LEGÍTIMA - Defraudación/PRINCIPIO DE  
CONFIANZA LEGÍTIMA - Presupuestos para la  
identificación**

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 solo deseable, sino también jurídicamente exigible.

En este sentido, es posible que el Estado cree expectativas y las defraude en sede administrativa, legislativa o judicial, generándose así su responsabilidad y el correlativo deber de repararlo, en virtud de lo consagrado por el artículo 90 de la Constitución Política.

Importa a nuestro análisis la creación de expectativas por parte del Estado-Juez. Bajo esta óptica, se considera que las autoridades judiciales pueden llegar a defraudar la confianza legítima de sus administrados y causar ciertos daños antijurídicos que deben repararse, aun cuando no medie en la decisión el dolo o la culpa del juzgador.

La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando “el administrado tiene razones plausibles para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y discernimientos plasmados en forma repetida e insistente en las decisiones judiciales, las cuales tiene la connotación de ‘precedentes judiciales’ y constituyen fuentes creadoras del derecho”.

En este orden ideas, los ciudadanos tienen derecho a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la ley por parte de los jueces, sin que aquello implique que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo; simplemente consiste en que en aquellos casos en los que el fallador pretenda alejarse de la línea jurisprudencial, debe motivar su sentencia y esta se debe ajustar a derecho. Son presupuestos para la identificación de la confianza legítima los siguientes: Existencia de una base objetiva de la confianza.

Al respecto, indican Sylvia Calmes y Pierre Pescatore, que para lograr identificar una situación de confianza protegible,

es necesario que existan unos signos externos de carácter concluyente que sirvan de “base de la confianza” y tengan la capacidad de generar expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados.

Es por tanto indefectible que se corroboren “hechos concluyentes que por su claridad y contundencia permiten inferir, por una parte, la existencia de una voluntad tácita de la administración destinada a producir un efecto jurídico determinado, y por otra, el otorgamiento de la confianza por parte del destinatario de dicha representación”. Legitimidad de la confianza.

Se refiere a aquello que es justo, genuino y verdadero, es decir, aquello que se ajusta al derecho o a la razón.

Sumado a lo anterior, la legitimidad comporta una idea de justificación, entonces, al referirse a confianza legítima se habla de confianza justificada, al sustentarse en circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan.

Por tanto, se está en presencia de confianza legítima cuando el administrado ha obrado de manera honesta, diligente, cuidadosa y prudente, esto es, que su conducta se haya inspirado en la buena fe. Y por supuesto, teniendo en cuenta que el administrado estaba en la imposibilidad de prever la modificación de los criterios, posturas y reglamentaciones.

La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza. Este elemento implica que la confianza fundada en los signos externos manifestados por el Estado, tiene la fuerza suficiente para que el confiante despliegue u omita una conducta que ponga de manifiesto su confianza ante el actuar estatal. La defraudación de la confianza legítima: La defraudación consiste en una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que genera “una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados

**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/ALCALDE MUNICIPAL - Ejerce  
autoridad civil y política en el ente territorial**

Los accionantes afirman que el demandado se encuentra inhabilitado, toda vez que, su hermano fungió como alcalde del municipio de Santa Bárbara (Antioquia) 17 días antes de su elección como congresista, entidad territorial en la cual ejerció autoridad civil y política. Se analizará si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilitación alegada. Se encuentra plenamente acreditado el vínculo por parentesco en segundo grado de consanguinidad entre Jorge Hernán Ramírez Valencia y León Darío Ramírez

Valencia, satisfaciéndose así el primer requisito que impone la norma para la configuración de la inhabilidad.

De conformidad con el tenor del artículo 84 de la Ley 136 de 1994, según el cual el alcalde es un empleado público del orden municipal y toda vez que el término "funcionario público" contenido el numeral 5º 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" es claro que Jorge Hernán Ramírez Valencia (hermano del demandado) se desempeñó como funcionario público desde el 1º de enero de 2012, fecha de su posesión, hasta el 20 de febrero de 2014 momento en el que se hizo efectiva su renuncia.

Según el tenor de los artículos 188 y 189 de Ley 134 de 1996 el alcalde municipal ejerce autoridad civil y política en el ente territorial, razón por la cual no es necesario hacer mayores razonamientos para concluir que en el cargo de alcalde el hermano del demandado ejerció autoridad civil y política.

Para la tipificación de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Superior, la jurisprudencia electoral de la Sección ha sostenido que es necesario que la autoridad por parte de pariente se ejerza el día de las votaciones.

De otro lado, no le asiste razón a los demandantes cuando argumentan que no hay lugar a la aplicación del principio de confianza legítima respecto del señor Ramírez Valencia, por cuanto es claro que la subregla según la cual la inhabilidad se entiende configurada desde el día inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato, constituye una variación jurisprudencial del criterio con el que se venía tratando esta clase de asuntos.

Por ello, no cabe otra conclusión sino colegir que en el caso concreto los efectos de este fallo en cuanto al actual entendimiento del factor temporal del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, no pueden tener efectos, más allá, de los académicos, so pena de desconocer la confianza legítima del Estado Juez y el derecho fundamental a ser elegido de quien hoy ostenta la calidad de demandado.

Lo anterior adopta más fuerza si se tiene en cuenta que en el *sub lite* se satisfacen a cabalidad todos los supuestos que exige confianza legítima ya que:

i) desde el año 1999 la jurisprudencia de esta Corporación entendió que la inhabilidad objeto de estudio se configuraba si la autoridad por parte del pariente se ejercía el día de las elecciones;

ii) que dicho entendimiento se profirió dentro de casos con similares supuestos fácticos a los que originaron la presente demanda y

iii) la conducta del representante elegido y la de su hermano estuvo inequívocamente orientada por la línea jurisprudencial que la Sala construyó sobre la interpretación del factor temporal del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, pues así se desprende tanto de la intervención realizada por el señor León Darío Ramírez Valencia en la audiencia de alegaciones y juzgamiento, como del análisis de la carta de renuncia al cargo de Alcalde de Santa Bárbara presentada por Jorge Hernán Ramírez Valencia.

Bajo este orden de ideas, no es viable declarar nula la elección de León Darío Ramírez Valencia, porque aquel actuó con base en la jurisprudencia que al momento existía, esto es, que la inhabilidad solo se tipificaba si el pariente ejercía autoridad el día de las elecciones.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 5

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

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

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

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda

##### 1.1. Las pretensiones

El ciudadano Guillermo Palacio Vega, mediante apoderado, interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E-26 del 22 de marzo de 2014, por medio del cual se declaró electo al señor León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, para el período 2014-2018.

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

*"Primera. Que se declare la nulidad parcial del acta general de escrutinio Formulario E-26 emitidos (sic) por los Delegados del Consejo Nacional Electoral por medio del cual se declaró la elección a la Cámara de Representantes por el Departamento de Antioquia, para el período constitucional 2014-2018"*

*Segunda: Que se declare la nulidad de la elección como Representante a la Cámara del ciudadano León Darío Ramírez Valencia, por el partido social de la unidad nacional- Partido de la U- elegido para el período 2014-2018 por la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia (...).<sup>1</sup> (Mayúsculas y negrillas en original).*

A su vez, el ciudadano Martín Emilio Cardona Mendoza también elevó demanda de nulidad contra el acto electoral contenido en el formulario E 26 del 22 de marzo de 2014, por medio del cual se declaró la elección de León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, para el período 2014-2018. En el escrito de la demanda solicitó:

*“Que se declare la nulidad del Acto Administrativo Electoral (Formulario E-26 Cam) en lo que concierne a la declaratoria de elección del ciudadano León Darío Ramírez Valencia, identificado con CC Nro. xxxxxxxx, quien por el partido Social de la Unidad Nacional- Partido de la U- resultó electo como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia y en consecuencia se cancele su credencial de elegido (...).”<sup>2</sup>*

## 1.2. Los hechos

Pese a que las demandas se presentaron de forma separada, los demandantes expusieron en igual sentido y redacción que el acto contentivo de la elección del señor Ramírez Valencia se encuentra viciado de nulidad, debido a que aquel se expidió en contravención de lo establecido en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución.

Los actores indicaron que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara, toda vez que, el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia, hermano del demandado, se desempeñó como Alcalde del municipio de Santa Bárbara (Antioquia) cargo para el cual fue elegido popularmente el 30 de octubre de 2011.

Señalaron que el hermano del hoy demandado presentó renuncia a la dignidad que ejercía, el día 31 de enero de este año; dimisión que fue aceptada por la Gobernación de Antioquia el 14 de febrero de 2014 y se hizo efectiva el 20 febrero de esa misma anualidad, esto es, pocos días antes de las elecciones para Congreso de la República realizadas el 9 de marzo de 2014.

Sostuvieron que la entidad territorial en la cual el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia ejerció como alcalde, hace parte de la circunscripción electoral para el departamento por el cual resultó electo León Darío Ramírez Valencia.

Igualmente, adujeron que en ejercicio del cargo como alcalde del citado municipio el señor Jorge Hernán Ramírez

Valencia ejerció autoridad civil, política y administrativa en el Departamento de Antioquia.

Afirmaron que la alcaldía de Santa Bárbara (Antioquia) se utilizó para favorecer la campaña electoral del demandado, lo que según su criterio se evidencia en la cantidad considerable de votos obtenidos por el señor León Darío Ramírez Valencia en aquel municipio, votación que contrasta respecto de la obtenida por la parte demandada en esa entidad territorial del departamento de Antioquia.

Por lo anterior, es claro para los demandantes que el señor León Darío Ramírez Valencia no podía haber sido elegido Representante a la Cámara por encontrarse incurso en la causal de inhabilitación consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

## 1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En las demandas se afirma que el señor León Darío Ramírez Valencia se encuentra incurso en la causal de inhabilitación contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que: i) el demandado está emparentado en el segundo grado de consanguinidad con el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia; ii) este último se desempeñó como Alcalde del municipio de Santa Bárbara (Antioquia) hasta pocos días antes de la elección del señor León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara y iii) el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia, en desarrollo de su cargo, ejerció autoridad civil y política en un municipio de la circunscripción electoral de Antioquia, razón por la cual el acto acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

El artículo invocado como violado indica:

*“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”.*

A su vez, la causal de nulidad alegada consagra:

*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 o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilitación.*

1 Folio 3 Expediente N° 2014-0034.

2 Folio 14 Expediente N° 2014-0026.

Según el criterio de la parte actora, la elección del demandado se produjo con violación directa de la Constitución.

Los demandantes solicitaron realizar un cambio de jurisprudencia ya que, a su juicio, la posición actual adoptada por esta Corporación según la cual la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Superior, solo se configura si el ejercicio de la autoridad civil o política por parte de pariente se presenta el día de las elecciones lo que, a juicio de los accionantes, va en contravía del derecho a la igualdad así como del goce efectivo del derecho a elegir y ser elegido.

Los demandantes sostienen que la tesis adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de marzo de 2007 bajo el radicado 11001-03-28-000-2006-00067-00 (4001-4005-4006-4007- 4009 y 4010)<sup>3</sup> en la cual, con base en una interpretación literal del articulado constitucional, se afirmó que la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte pariente se presenta únicamente si dicho ejercicio se realiza el día de las elecciones, va en contravía de los pilares del Estado Social de Derecho y desconoce la "plusvalía electoral" de la que goza el aspirante al Congreso que se vale de lazos familiares para poder acceder al cargo de Senador o Representante a la Cámara.

Argumentaron, que si bien el Constituyente omitió establecer un factor temporal a la inhabilidad alegada le corresponde al Consejo de Estado "llenar" dicho vacío normativo con una labor de interpretación sistemática que garantice el acceso igualitario a los cargos de elección popular como fundamento de la democracia.

Por ello, señalaron que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede, en lo que al factor temporal se refiere, adoptar uno de los siguientes parámetros de interpretación: i) señalar que la inhabilidad alegada se configura al menos desde el día de la inscripción de la candidatura del aspirante al Congreso o ii) equiparar con base en una lectura armónica del ordenamiento jurídico con el término establecido para otros cargos populares, es esto es, afirmar que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional se configura si la autoridad por parte de familiar se ejerce dentro de los (12) doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Manifestaron que apadrinar la tesis expuesta en precedencia equilibraría las desigualdades presentes entre los cargos de elección popular y permitiría materializar plenamente el principio de igualdad electoral.

Asimismo, sostuvieron que la jurisprudencia actual permite que se utilice la entidad territorial en la cual una persona goza de autoridad civil, administrativa o política, para impulsar las campañas electorales de aquellos familiares que aspiran a obtener una curul en el Congreso de la República.

3 Los actores se refieren al fallo proferido el 22 de marzo de 2007 dentro del radicado interno (4001-4005-4006-4007- 4009 y 4010) con ponencia de la doctora María Nohemí Hernández Pinzón.

Para sustentar la anterior afirmación, señalaron que en el municipio de Santa Bárbara (Antioquia) el demandado obtuvo casi el 92% de la votación total que para el partido de la U se produjo en aquella población<sup>4</sup>, en contraste, los demás candidatos postulados por el mismo partido político obtuvieron, en dicha entidad territorial, una votación de cifras irrisorias<sup>5</sup>.

A su juicio, es tal el impacto de la votación obtenida por el señor León Darío Ramírez Valencia en la citada municipalidad que el cómputo de los votos allí conseguidos corresponde al 5% de la votación total que alcanzó el demandado en la pugna por la representación del departamento de Antioquia en el Congreso<sup>6</sup>.

Afirmaron que pese a que el hermano del señor León Darío Ramírez Valencia renunció a la dignidad de alcalde, dicha dimisión se presentó tan solo 17 días antes de las elecciones, esto significa, que en ejercicio de su cargo el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia pudo ayudar durante toda la campaña electoral al hoy demandado.

Adicionalmente, precisaron que según el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 y la Sentencia del 15 de febrero de 2011 proferida en el marco de la acción de pérdida de investidura radicada con el número 2010-1055<sup>7</sup>, el Consejo de Estado declaró que el alcalde ejerce autoridad civil y política, razón por la cual está plenamente demostrado que:

- i) Jorge Hernán Ramírez Valencia, hermano del demandado, ejerció autoridad civil y política y
- ii) la entidad territorial en la cual desempeñó el cargo de autoridad, es de aquellas que conforman la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia, en lo que a Representantes a la Cámara se refiere.

Finalmente, uno de los actores reitera que es imperioso el cambio de jurisprudencia y considera que al *sub judice* no le es aplicable el principio de confianza legítima, ya que según la sentencia proferida dentro del radicado 2010-1055<sup>8</sup> por la Sala Plena de esta Corporación, no es posible con base en dicho principio petrificar la jurisprudencia y no hacer vinculantes los efectos de la sentencia al caso que propició el cambio jurisprudencial.

4 Folio 21 del Expediente N° 2014-0034.

5 Para el efecto sostienen que de los 2.184 votos contabilizados en el municipio de Santa Bárbara para el partido de la U, 1635 corresponden al demandado. En comparación, el apoderado del demandante del expediente 2014-00034, trae a colación la votación obtenida por su poderdante en dicha municipalidad en la cual solo alcanzó 27 votos. (Fl. 11 del expediente N° 2014-0034).

6 Folio 9 del Expediente 2014-26.

7 La providencia a la cual hace alusión el actor es la proferida el 15 de febrero de 2011 en el marco de una acción de pérdida de investidura con el radicado 2010-01055-00 (PI). C. P. Enrique Gil Botero.

8 *Ibidem*.

## 2. Trámite procesal

### • Respeto a la demanda del Expediente 2014-0034

Mediante auto del 16 de mayo de 2014, se inadmitió la demanda presentada por Guillermo León Palacio Vega, por no cumplir con los requisitos exigidos en la Ley.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda, el Despacho Ponente mediante auto del 27 de mayo de 2014 decidió admitirla y ordenó la notificación personal del señor León Darío Ramírez Valencia, del Consejo Nacional Electoral y de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

### • Respeto a la demanda del Expediente 2014-0026

Por su parte mediante auto de 12 de junio de 2014 la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la demanda presentada por Martín Emilio Cardona y negó la solicitud de suspensión provisional.

Por auto del 4 de agosto de 2014, el Consejero Ponente decidió acumular las demandas presentadas para que las mismas se tramitaran como un solo proceso, toda vez que, estas tenían idéntico fundamento fáctico y jurídico y se dirigían contra el mismo demandado.

## 3. La contestación de las demandas

### 3.1 El Representante elegido

El señor León Darío Ramírez Valencia, por conducto de apoderado, en la contestación se opuso a las pretensiones contenidas en las demandas para lo cual propuso tanto para la demanda radicada bajo el expediente N° 2014-0034 como para la radicada con el número 2014-0026 la excepción de *“inepta demanda”* ya que, a su juicio, los demandantes no cumplieron con la exigencia contenida en el numeral 4° del artículo 162 del CPACA pues se limitaron a manifestar su desacuerdo con actual posición jurisprudencial, pero no indicaron un cargo de nulidad respecto del acto contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró la elección su elección como Representante por el departamento de Antioquia.

Igualmente propuso la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, toda vez que, no se probaron los elementos de configuración de la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución especialmente el que concierne al parentesco.

Para sustentar su posición afirmó que:

- i) los salvamentos de voto en los cuales la parte actora fundó sus pretensiones no constituyen precedente y por lo tanto, la ilegalidad del acto electoral no puede derivarse de aquellas posiciones que en su momento se apartaron de la decisión mayoritaria;

- ii) la inhabilidad objeto de estudio no tiene como finalidad garantizar la igualdad de los demás candidatos, sino únicamente evitar el nepotismo;
- iii) según la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado el verbo *“ejercer”* contenido en el numeral 5 del artículo 179 constitucional hace referencia a que el ejercicio de autoridad civil o política debe materializarse el día de las elecciones;
- iv) en el caso concreto está demostrado que el hermano del demandado, el día de las elecciones, esto es el 9 de marzo de 2014 no ejerció como alcalde debido a que aquel presentó renuncia a dicha dignidad razón por la cual la demanda esta llamada al fracaso y
- v) no es posible aplicar por analogía el término de 12 meses consagrado para otros cargos de elección popular, porque está prohibido utilizar esta técnica de interpretación al régimen de inhabilidades.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda porque se acreditó que el señor León Darío Ramírez Valencia no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad alegada y por lo tanto, está plenamente facultado para fungir como Congresista de la República.

### 3. La Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado, esta entidad solicitó ser desvinculada del presente trámite pues manifestó que su función dentro del proceso electoral se limitó a la realización de labores netamente secretariales. Para el efecto, propuso la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

### 4. La audiencia inicial

El día 1° de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se decretaron pruebas y se resolvió la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y las de *“inepta demanda”* y *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* presentadas por el demandado.

En efecto, frente a la petición de la Registraduría se estableció que la solicitud de desvinculación no podía prosperar, porque dicha entidad intervino en la adopción del acto demandado lo cual obligaba al juez a vincular a la entidad al proceso de la referencia, en aplicación del numeral segundo del artículo 277 del CPACA.

De la misma manera, se despachó de forma desfavorable la excepción de *“inepta demanda”* propuesta por la parte

demandada debido a que después realizar un examen riguroso de las demandas, se estableció que tanto el libelo introductorio presentado por Guillermo Palacio Vega, como el allegado por Martín Emilio Cardona cumplían con los requisitos exigidos en la ley porque los demandantes formularon y desarrollaron un cargo de nulidad contra el acto contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró la elección del señor Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia consistente en la violación al régimen de inhabilidades, específicamente la contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior.

Igualmente, se declaró no probada la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", ya que aquella se refiere a la capacidad de controvertir las pretensiones de una demanda o la aptitud para comparecer como demandado dentro de un determinado proceso, dicha capacidad en el proceso electoral de carácter subjetivo se encuentra:

- i) en la persona elegida;
- ii) en la entidad que profirió el acto de elección y
- iii) en la que intervino en su adopción de acuerdo con el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.

En consecuencia, se determinó que al resultar electo como representante a la Cámara el señor León Darío Ramírez Valencia estaba plenamente facultado para fungir como demandado en el proceso de la referencia.

De estas decisiones 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. No obstante, se interpuso recurso de reposición contra esta última decisión, razón por la cual el Ponente teniendo en cuenta la posibilidad de cambio de jurisprudencia, decidió privilegiar el principio de oralidad y repuso su decisión<sup>9</sup>.

## 5. Los alegatos de conclusión

Por medio de auto del 22 de enero de 2015 el Despacho Ponente fijó fecha y hora para celebrar audiencia de alegaciones y juzgamiento.

El día 2 de febrero de 2015 se realizó la audiencia de alegaciones y juzgamiento de conformidad con los artículos 182 y 286 del CPACA. En el marco de la citada diligencia se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

### 5.1 La parte demandante

El **demandante del expediente 2014-00034** por medio de su apoderado, presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Manifestó que se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada, toda vez que se acreditó:

- i) el parentesco entre el demandado y el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia;
- ii) la calidad de funcionario público y
- iii) el ejercicio de autoridad civil y política en Santa Bárbara, municipio que conforma la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia.

Respecto al factor temporal, señaló que aunque el día de las elecciones el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia ya no ejercía ningún cargo público, lo cierto es que el hermano del demandado se desempeñó como alcalde de una entidad territorial que conforma la circunscripción electoral del departamento de Antioquia hasta el 20 de febrero de 2014, fecha en la que se hizo efectiva la renuncia presentada el 31 de enero de 2014.

En otras palabras, señaló que el hermano del demandado fungió como alcalde hasta tres semanas antes de la elección del señor Ramírez Valencia como Representante a la Cámara, lo cual, según su criterio, significa que si se configuró la inhabilidad porque el representante elegido adelantó su campaña cuando su hermano aún ejercía autoridad civil y política.

Afirmó que el entendimiento que la jurisprudencia le ha dado al factor temporal del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución ocasiona que la inhabilidad se torne inoperante, pues aval el hecho de que el funcionario público, pariente de quien aspira al Congreso, renuncie a su cargo tan solo un día antes al día de las elecciones. A su juicio, la anterior posición jurisprudencial trae consigo consecuencias injustas, desiguales e inequitativas.

Presentó un cuadro comparativo de las disposiciones normativas que consagran la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente en los cargos de elección popular tanto a nivel nacional como territorial<sup>10</sup> por medio del cual, según su criterio, se evidenció que en el orden jurídico colombiano el precepto constitucional es el único que no consagra un factor temporal claro y expreso para la citada inhabilidad.

Sostuvo que la interpretación actual del factor temporal del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución va en contravía del querer del Constituyente, como quiera que aprueba que sobre el elector se ejerza influencia indebida, pues el funcionario con autoridad civil o política puede utilizar su cargo para favorecer

9 Folios 259 a 274.

10 Dicho documento obra a folios 320 a 322 del Expediente 2014-0034.

a su pariente (candidato) mediante la facultad de contratación y el poder burocrático que detenta.

Aseveró que la anterior afirmación, en el caso concreto, se corrobora si se analizan las cifras de votación obtenidas por el señor Ramírez Valencia en la entidad territorial en la que su hermano fungió como alcalde. Para el efecto, señaló que en las en las pasadas elecciones de 9 de marzo de 2014 en Santa Bárbara (Antioquia) se contabilizaron 2.184 votos válidos de los cuales 2.098 fueron para el Partido de la U.

Adujo que de los votos obtenidos por el partido Social de la Unidad Nacional en dicha entidad territorial 1635 fueron alcanzados por el demandado, es decir, el 77% de los votos del partido de la U. Esto contrasta con los votos conseguidos, por ejemplo, por el demandante el cual en el mismo municipio y por el mismo partido político obtuvo tan solo 27 votos, esto es, el 1% de la votación.

Esgrimió que la intención del Constituyente al consagrar la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente fue evitar la concentración de poder y garantizar la independencia y espontaneidad del electorado, objetivo que no se satisface si el Consejo de Estado continua replicando la tesis jurisprudencial según la cual la inhabilidad solo se configura si el ejercicio de autoridad se presenta el día de las elecciones.

Para finalizar su argumentación, el apoderado del demandante del expediente 2014-0034 hizo énfasis en las cifras antes anotadas, reiteró que era imperioso modificar la jurisprudencia de forma tal que la inhabilidad cumpla con los postulados constitucionales y solicitó que en el caso concreto se determine que si se configuró la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Superior.

Por su parte el actor, esto es el señor Guillermo Palacio Vega, en nombre propio solicitó se hiciera “*justicia*” al generar un precedente para las campañas y elecciones futuras.

Seguidamente, el demandante del expediente 2014-0026 alegó de conclusión en los siguientes términos:

Señaló que la actual posición jurisprudencial del Consejo de Estado únicamente recurre a la composición gramatical del verbo “*ejercer*” para concluir que el funcionario familiar del candidato al Congreso de la República y con posibilidad de ejercer autoridad civil y/o política puede, en aras a no generar la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior, renunciar a su cargo tan solo un día antes a la jornada en la que se celebren las elecciones. Esta tesis, según su parecer, origina una situación injusta y vulneratoria de los artículos 13 y 40 de la Constitución Política.

A su juicio, además de las consecuencias de inequidad que vienen aparejadas con la tesis adoptada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, esta también desconoce los pilares del Estado Social de Derecho.

Aseguró que en el caso concreto, era evidente que la “*plusvalía*” obtenida por el demandado durante su campaña electoral, no desapareció solo por el hecho de que su hermano hubiese renunciado, antes del día de las elecciones, a la dignidad que venía desempeñando. Para soportar esta afirmación, hizo énfasis en la cantidad de votos obtenidos por el señor Ramírez Valencia en el municipio de Santa Bárbara los cuales, según el demandante, corresponden al 5% del total de la votación por él alcanzada en el departamento de Antioquia.

Igualmente, afirmó que el demandado obtuvo una “*triple*” ventaja pues no solo se valió de la autoridad civil y política que ejerció su hermano como alcalde, sino de la posición que él mismo gozaba debido a que aspiraba a ser reelecto como Representante a la Cámara por tercer período consecutivo.

Para reforzar su argumentación en cuanto a la necesidad de articular la interpretación del factor temporal de la inhabilidad contenida en el numeral 5º del artículo 179 Superior con otros postulados constitucionales, citó la sentencia C- 334 de 2014 en la cual la Corte Constitucional señaló que las normas de la Carta Política deben interpretarse conforme a su “*efecto útil*”, es decir, dotando de plena eficacia a los principios Superiores.

De la misma forma hizo alusión a un ensayo de derecho electoral<sup>11</sup>, del cual coligió que el principio *pro homine* debía aplicarse en **pro del elector** con el objetivo de afianzar su confianza en el proceso electoral, y no a favor del candidato.

Reiteró la necesidad de cambiar la jurisprudencia respecto al entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, pues según su criterio, el Consejo de Estado no puede seguir avalando posturas que le hacen daño a los principios democráticos.

Finalmente, en escrito complementario allegado después de terminar la audiencia de alegaciones y juzgamiento aseveró que esta Corporación tiene una oportunidad única para sentar un precedente que genere confianza en el electorado y manifestó que, a su juicio, al caso concreto no se debía aplicarse el principio de confianza legítima.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la parte demandante insistió en la nulidad del acto contenido en el formulario E-26, por medio del cual se declaró electo a León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia.

## 5.2 La parte demandada

### 5.2.1 El Representante elegido

Previo a la intervención del apoderado del señor Ramírez Valencia, se concedió el uso de la palabra al representante elegido

<sup>11</sup> El demandante se refiere al ensayo titulado “Entendimiento y aplicación objetiva de las causales de inhabilidad *¿Una cuestión de mero capricho?*” Contenido en el libro denominado Retos y Tendencias del Derecho Electoral.

el cual manifestó que su actuar y el de su hermano tuvieron como fundamento la ley y los referentes jurisprudenciales existentes al momento de la inscripción de la candidatura. Para el efecto, señaló que verificó su situación conforme a la jurisprudencia vigente y que fue conforme a estos parámetros jurisprudenciales que determinó su actuar y el de su hermano.

Una vez hecha la anterior precisión, el apoderado del demandado continuó con su intervención y utilizó la expresión en latín “*dura lex sed lex*” para denotar que pese a que la ley es “*dura*” es la ley y por consiguiente debe cumplirse y acatarse. En su argumentación, esto significa que aunque los demandantes no estén conformes con el factor temporal contenido en la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente, ese solo hecho no se despoja a la prescripción constitucional de su carácter imperativo.

Declaró que no existe una indebida interpretación del factor temporal de la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente pues, a su juicio, era evidente que si el Constituyente no consagró un tiempo específico para la materialización de dicha causal de inhabilidad, era porque esa había sido su intención.

Para sustentar su posición, afirmó que en la Carta Política existían un sinnúmero de términos dentro de los cuales se consideraba materializadas las diferentes inhabilidades y por lo tanto, si el querer del constituyente hubiese sido que establecer un factor temporal homogéneo, así lo hubiese establecido consagrando inhabilidades uniformes.

Manifestó que la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su posición respecto al tema que hoy es objeto de controversia, y por ello la rectificación jurisprudencial solicitada debería hacerla la Corporación en pleno y no la Sección Quinta.

Afirmó que la alta votación obtenida por el demandado en Santa Bárbara (Antioquia) es fruto de su larga trayectoria política y no de la influencia que su hermano, porque él es una figura reconocida en ese municipio ya que, otrora, se desempeñó como alcalde y concejal en la citada entidad territorial.

En este mismo orden de ideas, aseveró que traer a colación cifras acerca de la votación alcanzada por el señor León Darío Ramírez Valencia en el municipio de Santa Bárbara, implica confundir entre las causales objetivas y subjetivas de anulación electoral.

Aseveró que según los parámetros jurisprudenciales acuñados por la Sala Plena de esta Corporación, la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución solo se “*tipifica*” si el pariente del congresista elegido ejerció autoridad el día en el que se celebraron los comicios.

Manifestó, que es obvio que la anterior regla de jurisprudencia no se materializa en la caso concreto porque el día de las elecciones, esto es el 9 de marzo de 2014, el hermano del demandado ya no se desempeñaba como alcalde. Por consiguiente, a su juicio, no se encuentran acreditados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada.

Alegó que en el proceso electoral que se adelantó el 9 de marzo de 2014, contrario a lo que sostienen los demandantes, se garantizó plenamente la igualdad, puesto que cualquier persona pudo postularse como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

Finalmente concluyó que dada la taxatividad propia del régimen de inhabilidades, el entendimiento del factor temporal del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política no podía ser objeto de interpretación jurisprudencial.

De la misma forma en el escrito presentado inmediatamente concluyó su intervención en la audiencia de alegaciones y juzgamiento:

- i) fue enfático al señalar que en el caso concreto debe regir el principio de confianza legítima, pues el demandado actuó conforme a la interpretación constitucional que a lo largo del tiempo ha adoptado las autoridades judiciales respecto al tema,
- ii) señaló que la inhabilidad no protege el derecho a la igualdad de los contendores, pues solo busca evitar el nepotismo,
- iii) sostuvo que prohibición de la norma va enfocada al momento de la elección y no a la inscripción de la candidatura,
- iv) trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se estableció que la inhabilidad solo se configura si el ejercicio de autoridad civil o política se realiza el día de las elecciones<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones de las demandas.

### 5.2.2 La Registraduría Nacional del Estado Civil

Esta entidad se ratificó en los argumentos presentados en la contestación a las demandas.

## 6. El Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido en audiencia pública del 2 de febrero de 2015, el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, solicitó se estudiaran con detenimiento las posturas plasmadas por los demandantes.

Al igual que los demás intervinientes de la audiencia de alegatos y juzgamiento, el Ministerio Público presentó un escrito donde condensó los razonamientos expuestos en audiencia, en dicho documento citó in extenso jurisprudencia del Consejo de

<sup>12</sup> El demandado expresamente citó y realizó cita in extenso de las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de enero de 2007 radicado 11001-03-15-000-2006-00706-01 M. P. Alier Hernández Enríquez, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de noviembre de 2011 radicado 11001-03-15-000-2011-00515-01 (PI) M. P. María Elizabeth García González y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de marzo de 2007 radicado 11001-03-28-000-2006-00067 (4001-4005) M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Estado<sup>13</sup> en la que se estableció que la inhabilidad contenida en 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 evidente que no se materializa la inhabilidad.

Pese a lo anterior, manifestó que era 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 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”*<sup>14</sup>.

Según la vista fiscal, la inhabilidad debe entenderse configurada no solo el día de las elecciones, sino 6 meses anteriores a la votación, atendiendo a que es el término más favorable estipulado por el Constituyente respecto a las inhabilidades de los Congresistas<sup>15</sup>.

Con fundamento en lo anterior, solicitó se *“evalúen las propuestas y que sea esta la oportunidad de repensar en la que ha venido sentado 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”*.

No obstante lo descrito en precedencia en la audiencia de alegaciones y juzgamiento, el Ministerio Público mostró algunas inquietudes respecto a la solicitud de modificación de jurisprudencia del factor temporal del numeral 5 del artículo 179 Superior.

- Señaló que la interpretación del artículo constitucional que realice el Consejo de Estado no puede ser abierta, toda vez que, afecta derechos fundamentales.
- Puso de presente que aunque no desconoce que el actual entendimiento del factor temporal de la inhabilidad despoja de su finalidad a la norma, lo cierto es que es esa interpretación la que está ajustada a la literalidad de la Constitución.
- Afirmó que pese a que es cierto que en el caso concreto se materializó una ventaja por parte del representante elegido, como quiera que el hermano del demandado fungió como alcalde hasta días antes de las elecciones, era claro que ese era un debate de orden ético pero no jurídico, por lo tanto, ese hecho no impedía la elección del demandado, máxime

si se tiene en cuenta que el señor Ramírez Valencia actuó de conformidad con la ley y con la jurisprudencia vigente al momento de su inscripción y posterior elección como congresista.

- Solicitó se analizará si la Sección Quinta está habilitada para modificar la posición sentada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la cual se unificó cual debía ser entendimiento del factor temporal de la inhabilidad del numeral 5 artículo 179 Constitucional.
- Arguyó que el demandado se encuentra amparado por el principio de confianza legítima, debido a que aquel guio su actuación conforme a las directrices fijadas por la jurisprudencia respecto al tema.
- Argumentó que pese a que la posición propuesta por los demandantes es respetable aquella no está acorde con los pacíficos parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación, precedentes que son los que se deben acatar.

Finalmente, puso de presente que de acceder al cambio jurisprudencial solicitado, esta modificación debía tener efectos hacia el futuro y por lo tanto no podría afectar la elección del demandado.

## 7. El sorteo de Conjucees

El 12 de marzo de 2015, se profirió auto de trámite en el que se ordenó el sorteo de dos (2) conjucees habida cuenta que el proyecto no logró la aprobación por la mayoría de los integrantes. En dicha providencia se advirtió que el primer conjuce sorteo actuaría para adoptar la decisión y el otro, únicamente integraría la Sala en el evento de presentarse empate en la decisión sometida a consideración de la Sección.

Mediante diligencia surtida el 19 de marzo de 2015 se sorteo como conjuce principal al doctor Alfredo Beltrán Sierra, por su parte se estableció que el doctor Augusto Hernández Becerra integraría la Sala en caso de no lograr el quórum requerido.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA<sup>16</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 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

<sup>13</sup> 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 (I) Acumulado M. P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>14</sup> Folio 378 del Expediente 2014-0034

<sup>15</sup> 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 bayan 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 bayan 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).

<sup>16</sup> 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).

del acto contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró la elección de León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia.

## 2. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial<sup>17</sup>, si el demandado vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 5º del artículo 179 por haber tenido vínculo por matrimonio o unión permanente, o de tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejercieron autoridad<sup>18</sup>.

### 2.1 La inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional

En busca de 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<sup>19</sup>, 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:

1. Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.
2. Cuando el referido funcionario haya 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*

<sup>17</sup> Folio 267 del Expediente.

<sup>18</sup> Expresamente en la audiencia inicial se estableció que: *"el litigio se centraría en establecer si el demandado incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior por haber tenido vínculo de parentesco con un funcionario que presuntamente ejerció autoridad civil y política".*

<sup>19</sup> En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700376 01 C. P. Filemón Jiménez Ochoa y 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.

*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 (...)"<sup>20</sup>.*

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.

### 2.2 El caso concreto

Tal y como quedó descrito en el acápite de hechos de esta providencia, los accionantes afirman que el demandado se encuentra inhabilitado, toda vez que, su hermano fungió como alcalde del municipio de Santa Bárbara (Antioquia) 17 días antes de su elección como congresista, entidad territorial en la cual ejerció autoridad civil y política.

Con base en lo expuesto anteriormente, se analizará si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada.

#### 2.2.1 La existencia del vínculo o parentesco

La prueba para acreditar el parentesco se decretó en el desarrollo de la audiencia inicial tal y como consta a folio 269 del expediente N° 2014-00034. Aquella fue aportada por el apoderado del demandado mediante memorial del 7 de octubre de 2014.

Pues bien una vez analizados los registros civiles de nacimiento de León Darío Ramírez Valencia y Jorge Hernán Ramírez Valencia, es claro para la Sala que estas dos personas son parientes en el segundo grado de consanguinidad, puesto que son hermanos que descienden de un mismo tronco común al tener como padres al señor Ignacio Ramírez y a la señora Teresa Valencia (fl. 278 y 279).

En conclusión, se encuentra plenamente acreditado el vínculo por parentesco en segundo grado de consanguinidad entre Jorge Hernán Ramírez Valencia y León Darío Ramírez Valencia, satisfaciéndose así el primer requisito que impone la norma para la configuración de la inhabilidad.

#### 2.2.2 La calidad de funcionario público del pariente

En el expediente obra prueba documental, tanto en copia simple como autentica en la que consta que:

<sup>20</sup> Calderín Osorio, Ana Carolina. Manual de Inhabilidades Electorales: Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, 2014, pág. 118.

- Jorge Hernán Ramírez Valencia fue elegido por voto popular como alcalde del Municipio de Santa Bárbara (Antioquia) para el período constitucional 2011-2015 el día 30 de octubre de 2011. (Fl. 44 del Expediente N° 2014-26)
- El citado ciudadano tomó posesión del cargo de alcalde municipal del ente territorial para el cual fue electo el 1° de enero de 2012 ante la Notaría Única de aquella población. (Fl. 112 del Expediente N° 2014-34 y Fl. 23 del Expediente N° 2014-26).
- El señor Jorge Hernán Ramírez Valencia presentó renuncia a su dignidad como alcalde el 31 de enero de 2014. (Fl. 22 del Expediente N° 2014-26 y Fl. 113 del Expediente N° 2014-34).
- Mediante decreto departamental del 14 de febrero de 2014 el Gobernador de Antioquia aceptó la renuncia presentada por el referido ciudadano a partir del 20 de febrero de 2014 inclusive. (Fls. 23-24 del Expediente N° 2014-0026 y Fl. 112 del Expediente N° 2014-0034).

Así las cosas y como quiera que el artículo 215 del CPACA en concordancia con el artículo 246 de C. G. P., da plena validez a los documentos obrantes en copia simple, se puede afirmar con claridad que el señor Jorge Hernán Ramírez Valencia hermano del hoy demandado:

- Fue elegido como alcalde municipal de Santa Bárbara el 30 de octubre de 2011.
- Tomó posesión de su cargo el 1° de enero de 2012.
- Ejerció en ese cargo hasta que de forma voluntaria presentó dimisión el 31 de enero de 2014, la cual se materializó el 20 de febrero de 2014.

Bajo este panorama, de conformidad con el tenor del artículo 84 de la Ley 136 de 1994, según el cual el alcalde es un empleado público del orden municipal y 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”<sup>21</sup> es claro que Jorge Hernán Ramírez Valencia (hermano del demandado) se desempeñó como funcionario público desde el 1° de enero de 2012, fecha de su posesión, hasta el 20 de febrero de 2014 momento en el que se hizo efectiva su renuncia.

### 2.2.3 El ejercicio de la autoridad civil o política

Según el tenor de los artículos 188 y 189 de Ley 134 de 1996 el alcalde municipal ejerce autoridad civil y política en el ente

territorial, razón por la cual no es necesario hacer mayores razonamientos para concluir que en el cargo de alcalde el hermano del demandado ejerció autoridad civil y política.

### 2.2.4 El factor temporal de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 constitucional

Para la tipificación de la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 Superior, la jurisprudencia electoral de la Sección ha sostenido que es necesario que la autoridad por parte de pariente se ejerza el día de las votaciones.

Al efecto, se trae a colación la línea jurisprudencial que la Sala Electoral de esta Corporación ha proferido al respecto:

• Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 24 de noviembre de 1999. Expedientes: 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914: En dicha providencia la Sección Quinta determinó que para que se configure la causal se necesita la existencia de tres elementos, especialmente el tercero de ellos hace referencia a que “*el funcionario ejerza esa autoridad en el momento de la elección*”.

• Consejo de Estado, Sección Quinta Sentencia de 22 de marzo de 2007 radicado interno 4001-4005: En aquella oportunidad se estableció que “*de la prohibición inmersa en la causal estudiada [numeral 5° del artículo 179 Superior] 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*”. (Subrayas propias del original).

• Consejo de Estado, Sección Quinta Sentencia de 8 de mayo de 2008 radicado interno 4060-4068 En dicho fallo se negó la nulidad de la elección de un Representante a la Cámara cuya compañera permanente había sido secretaria de despacho de una gobernación, porque la misma se desempeñó en ese cargo hasta el mes anterior a las elecciones.

• Consejo de Estado, Sección Quinta Sentencia de 6 de julio de 2009 radicado interno 4056-4084: Se señaló que el familiar que ostenta el cargo con autoridad civil o política debe separarse del cargo a más tardar el día de la elección para que no se configure la inhabilidad.

• Consejo de Estado, Sección Quinta Sentencia de 31 de julio de 2009 radicado interno 0240: La Sala determinó que “*el ejercicio de la autoridad civil o política debe ocurrir precisamente en la misma fecha en que se realizan las elecciones respectivas*”.

Ocurre que la Carta Política no fijó, por lo menos no expresamente, un factor temporal para que se materialice la inhabilidad; como sí sucede, respecto de la misma causal,

<sup>21</sup> 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.

frente a gobernadores (Ley 617 de 2000, artículo 30, numeral 5); diputados (Ley 617 de 2000, artículo 33, numeral 5); alcaldes (Ley 617 de 2000, artículo 37, numeral 4) y concejales (Ley 617 de 2000, artículo 43, numeral 4), en los cuales se configura la causal, si los elementos mencionados anteriormente se presentan dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Ahora bien, este vacío, referido al elemento temporal de la inhabilidad, se analizó por la jurisprudencia de esta Sección

concluyendo que el familiar debe separarse del cargo a más tardar **el día de la elección**, en consideración a que la conjugación del verbo *ejercer*, se encuentra en **tiempo presente**, por lo que se infiere que se refiere a la jornada electoral.

La línea jurisprudencial descrita se evidencia de forma más clara mediante el siguiente esquema:

	¿Cuál es el factor temporal en el que debe entenderse la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 constitucional?	
El día de las elecciones	<p>X Sentencia de 24 de noviembre de 1999 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914 Acumulado C. P. Darío Quiñones Pinilla</p> <p>X Sentencia de 22 de marzo de 2007 11001-03-28-000-2006-00067-00(4001-4005) C. P. María Nohemí Hernández Pinzón</p> <p>X Sentencia de 8 de mayo de 2008 11001-03-28-000-2006-00119-00(4060-4068) C. P. Filemón Jiménez Ochoa</p> <p>X Sentencia de 6 de julio de 2009 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084) C. P. Susana Buitrago Valencia</p> <p>X Sentencia de 31 de julio de 2009 0240 C. P. María Nohemí Hernández Pinzón</p>	Un día diferente al día de las elecciones

De lo expuesto, se deduce con meridiana claridad, que la Sección Quinta ha establecido una línea unívoca en lo que refiere a la interpretación del factor temporal del numeral 5º del artículo 179 Superior que es plenamente vinculante para la Sala, so pena de violentar el principio de confianza legítima.

Pese a lo anterior, la Sala Electoral del Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, coincide con los demandantes, y considera que entender que la inhabilidad se "tipifica" solo cuando el ejercicio de autoridad se realiza el día de las elecciones, le resta eficacia a la disposición Superior como quiera que desconoce postulados básicos del orden constitucional en materia electoral y va en detrimento del fin perseguido por la causal de inhabilidad, esto es, salvaguardar la igualdad y evitar el nepotismo.

Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que **la legitimación de la democracia colombiana descansa en el proceso electoral** y es esa la razón por la cual el constituyente decidió ocuparse directamente de este y de la regulación de la Organización Electoral en el propio texto Superior sin deferirlo al legislador. No puede entonces una imprecisión verbal en nuestra Carta, como pasará a explicarse en detalle más adelante en esta **Sentencia de Unificación**, convertirse en justificación válida para comprometer **la pureza de las elecciones**.

Efectuadas las precisiones anteriores, **se impone en primer lugar** advertir que la Sección Quinta en uso de sus competencias constitucionales y legales tiene plena potestad para estudiar y analizar las demandas de nulidad electoral que son sometidas a su conocimiento y, en desarrollo de esa función, como órgano de cierre y como autoridad judicial que unifica criterios en

lo que respecta a los temas electorales<sup>22</sup> puede interpretarse y dilucidarse el régimen de inhabilidades cuando aquel se invoque como causal de nulidad del acto nombramiento o elección, con el objetivo de velar por el goce efectivo del derecho a elegir y ser elegido, así como resguardar la democracia como pilar del Estado colombiano.

22 Equivocadamente alguien pudiese cuestionar la competencia de esta Sección para modificar su interpretación bajo el argumento de que la Sala Plena ha manejado un criterio distinto en tratándose de la definición de demandas de pérdida de investidura. Al respecto, vale la pena efectuar dos precisiones: Primero que el cambio de jurisprudencia que esta Sentencia de Unificación plantea se hace en el marco de una nulidad electoral y no de una pérdida de investidura, escenario en el que, sin duda, es la Sección y no la Sala Plena la llamada a fungir como órgano de cierre.

Segundo, el origen de la mencionada interpretación se remonta a la providencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 23 de enero de 2007 bajo el radicado. 2006-00706-01(P). Si bien la decisión de no decretar la pérdida de investidura del demandado obtuvo la mayoría con 17 votos a favor, no sucedió lo mismo con la interpretación que se hizo del elemento temporal de la mencionada inhabilidad.

Para la fecha, esto es, 23 de enero de 2007, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estaba conformada por 23 Consejeros; sin embargo, según figura en el acta de la sesión celebrada ese día, la doctora Ana Margarita Olaya Forero se excusó de asistir, de manera que estuvieron presentes y participaron en el debate y votación de la ponencia 22 Consejeros de Estado.

Ahora bien, como consta en el acta y en la providencia, 11 Consejeros manifestaron su desacuerdo respecto de la interpretación que se hizo del elemento temporal de la referida inhabilidad; es decir, este asunto fue aprobado por 11 consejeros y rechazado por igual número.

En efecto, se presentaron 6 aclaraciones de voto y 5 salvedades (total 11), TODAS en torno a la manera como la providencia entendió el elemento temporal.

Quiénes aclararon voto, consideraron que si bien compartían el sentido de la decisión —no decretar la pérdida de investidura— si cuestionaban el hecho de que se dijera que la inhabilidad se configura sólo si se cumplen los elementos que establece la norma “el día en que se realizan las elecciones”, hasta el punto que algunos de los que rechazaron esta tesis la calificaron de un fraude a la Constitución.

Por su parte, quienes salvaron su voto, lo hicieron porque no estuvieron de acuerdo con la manera como se entendió la inhabilidad, precisamente en cuanto a su elemento temporal y, en consecuencia, consideraban que si se debía decretar la pérdida de investidura del demandado.

Es importante resaltar que ninguna de las aclaraciones y de las salvedades versó sobre algún asunto diferente de la providencia, todos se concentraron en señalar su inconformidad con el problema jurídico expuesto en este acápite, es decir, el relacionado con el vacío que trae la norma en cuanto al factor temporal y la manera como su intérprete debía llenar esa laguna.

Pues bien, si de los 22 Consejeros presentes, 11 no estuvieron de acuerdo con la manera cómo se resolvió este problema jurídico, no es posible, de forma alguna, llegar a la conclusión de que este punto de derecho obtuvo la mayoría y mucho menos, como se empezó a entender y reiterar hacia el futuro, que esa fue la tesis que la Sala Plena de la Corporación aprobó sobre la inhabilidad en comento; pues como se demostró, y se reitera, este asunto fue aprobado por 11 Consejeros y rechazado por otros 11, sin que ninguna de las dos posiciones obtuviera la mayoría requerida.

Como puede observarse, esta interpretación de la norma constitucional no fue del todo pacífica, y en su momento, como aún sucede, generó amplio debate y controversia, tanto, que no se logró una mayoría sobre el particular. Pues, como se indicó, 11 de los entonces Consejeros, a través de su aclaración o salvamento, consideraron que esa no era la interpretación que mejor se ajustaba al objeto constitucional de las inhabilidades para ser Congresista y 11 la apoyaron.

Pese a que la interpretación del factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución según la cual la inhabilidad se tipifica si se ejerce autoridad el día de las elecciones nunca fue una posición adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta tesis fue reiterada en pronunciamientos posteriores, como si se tratara de una posición sentada por la mayoría de la Corporación, de manera que, sin mayores reparos, se empezó a repetir como una tesis jurisprudencial fijada en Sala Plena.

En suma, el supuesto consenso respecto al factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior es tan sólo aparente.

Lo anterior aplicado al caso concreto, significa que la Sala Electoral del Consejo de Estado **está totalmente facultada** para, mediante **Sentencias de Unificación** como esta, interpretar la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional pues es precisamente dicha prohibición la que, a juicio de los demandantes, configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, respecto del acto de elección del señor Ramírez Valencia.

Por ello, en **segunda medida** desea resaltar la Sala que las normas constitucionales tienen vocación de eficacia y materialidad, esto es así porque uno de los cambios más importantes que introdujo el modelo constitucional consagrado en la Constitución de 1991 fue dotar de fuerza normativa y vinculante al texto constitucional.<sup>23</sup>

Esto significa, que el juez no puede en ningún caso restarle obligatoriedad a la Carta Política, adoptando posiciones en las cuales la disposición se torne **ineficaz**, inane, inútil o que su aplicación sea tan difícil que en ningún supuesto de hecho pueda emplearse la norma prevista por el Constituyente porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos.

En efecto, una norma es eficaz cuando: *“la dimensión social del derecho requiere, al menos de la eficacia de las normas jurídicas y la mayoría de las teorías jurídicas consideran la eficacia como una de las condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico”*<sup>24</sup>.

Atendiendo a estas definiciones y a que el juez tiene la obligación de interpretar la ley de forma tal que no se defrauden los principios del sistema, la Sala considera que la hermenéutica que del elemento temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política se ha adoptado, le resta eficacia al precepto constitucional porque:

- Desconoce que el proceso electoral no se limita al día de las elecciones, toda vez que, el resultado de las votaciones es consecuencia de una serie de acciones previas al día de los comicios, en las cuales el aspirante debe *“convencer”* a los electores de depositar su voto por él. Tan es así que el legislador previó ciertas limitaciones a las campañas

23 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).

24 Navarro, Pablo y Moreso, Juan José. Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas. Revista de Filosofía del Derecho Isonomía [publicaciones periódicas]. Nº 5, (octubre 1996), p. 119.

electorales<sup>25</sup> con el objeto precisamente de evitar influencias indebidas en la población apta para votar.

La interpretación actual ignora que el electorado puede verse influenciado, de manera indirecta o directa, por el pariente investido de autoridad en el marco de la campaña electoral, pues es en este momento en el que pueden realizarse acciones tendientes a modificar la voluntad del electorado, para inducirlo a votar por un candidato determinado.

Así las cosas, es evidente que no está en igualdad de condiciones la persona que compite por la curul cuyo pariente detenta autoridad civil o política en la circunscripción electoral a la que se aspira, con la que sin contar con dicho apoyo familiar debe formar su capital electoral propio.

- La posición vigente permite que haya "un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto"<sup>26</sup>.
- Otorga ventaja a ciertos aspirantes lo cual va en contravía de los principios de transparencia, probidad, moralidad y desnaturaliza el proceso electoral como pilar de la democracia representativa.
- Permite replicar las dinastías familiares y políticas evitando que la diversidad y pluralidad que el Constituyente buscaba se materialice.

No se trata de crear una causal de inhabilidad, porque ciertamente aquella ya existe, lo que ocurre es que se impone interpretarla con el propósito de: (i) hacer posible la pureza de las elecciones y de (ii) proteger la libre voluntad del elector, dando efecto útil a la norma.

Bajo este panorama, y aunque es claro que no existe un estándar unívoco o un modelo establecido para interpretar la Constitución es evidente que, en el caso concreto, se debe preferir aquella interpretación que atendiendo al principio de "efecto útil de las normas"<sup>27</sup> propenda por: i) materializar las disposiciones constitucionales, ii) concretar la finalidad querida con la norma, y iii) proteger de manera efectiva la igualdad en materia electoral.

En esta misma línea de ideas, la Corte Constitucional señaló que:

25 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".

26 Corte Constitucional Sentencia C 258-13.

27 Este es un principio de interpretación de las normas jurídicas, que enseña 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". 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.

*"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"*<sup>28</sup>.

Por consiguiente, se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política, que produzca los efectos jurídicos queridos por el Constituyente, esto es, dotar al ordenamiento jurídico de un régimen de inhabilidades estricto y severo por medio del cual se "castigue" con la nulidad del acto de elección a aquel que se haga elegir en contravención a ese régimen.

**Como tercer punto**, es de resaltar que se ha considerado, tal y como lo sostiene el demandado, que no es viable realizar una interpretación diferente a la cláusula constitucional de la hasta ahora adoptada porque eso implicaría:

- i) ampliar el régimen de inhabilidades el cual tiene reserva legal y
- ii) desconocer el principio de taxatividad y de interpretación restrictiva que en el rige. Sin embargo, la Sala desea aclarar que el uso de una interpretación armónica, no va en contravía de ninguno de estos dos aspectos.

Lo cierto es que **interpretación restrictiva no es sinónimo de interpretación literal**<sup>29</sup>. En efecto, la primera de ellas tiene como objeto limitar el alcance del intérprete y su objetivo es aplicar cierta disposición a un determinado caso concreto. Por su parte, la interpretación literal tiene como finalidad ceñirse únicamente al sentido lato de las expresiones, esto significa que el juez solo puede derivar de las signos lingüísticos en las que las cuales las normas se expresan, su sentido o significado común sin entrar a realizar mayores razonamientos. Así pues aquel que usa el método exegético para interpretar, bajo ciertas situaciones, no sabe si privilegiar la literalidad o escoger un sentido de la norma que vaya acorde al contexto en el que aquella está contenida<sup>30</sup>.

De lo expuesto se ve con claridad que la interpretación restrictiva no es equivalente a interpretación literal o exegética, pues estas tienen objetivos y finalidades disímiles. Por ello, no puede la Sección afirmar que una interpretación restrictiva solo se satisface mediante el uso de la exegesis,

28 Corte Constitucional Sentencia SU -1122 de 2001

29 Guastini, Riccardo. Trad. de Miguel Carbonell. Estudios sobre la Interpretación Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF (1999). Pp. 40.

30 Anchondo Paredes Victor, Métodos de interpretación jurídica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>

porque la interpretación restrictiva que permea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no implica entender que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones o que el juez solamente este obligado al tenor literal de la misma.

En este mismo orden de ideas se puede señalar que, en el caso concreto, la interpretación literal tampoco ha significado una interpretación restrictiva, ya que al flexibilizar la inhabilidad se ha ampliado su campo de aplicación, creando excepciones que en realidad el constituyente no quiso consagrar.

Por otro lado y de la mano con lo anterior, se puede afirmar que el juez puede utilizar una técnica de interpretación que de manera simultánea sea sistemática y restrictiva.

La interpretación sistemática se ha definido como aquella que: *“busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte”*<sup>31</sup>.

De lo anterior se puede colegir que la interpretación sistemática no desconoce el significado de las palabras en las cuales se expresa la norma, simplemente, de manera adicional, reconoce que dichas expresiones carecen de sentido sino se leen de manera armónica con las demás disposiciones del orden jurídico.

Bajo este panorama, podemos afirmar que la interpretación armónica aplicada al caso objeto de estudio busca articular la disposición constitucional con el ordenamiento jurídico para que aquella no quede aislada y no sea contraria con las demás prescripciones contenidas en la Constitución, sin que se pueda aseverar que de esta articulación se deriva una ampliación al contenido o la finalidad de la norma.

Igualmente, bajo esta perspectiva se refuerza el argumento según el cual la interpretación sistemática no significa, *per se*, una interpretación amplia o violatoria de la restricción propia del régimen de inhabilidades, esto es así porque *“el sentido de la norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas”*<sup>32</sup>.

Esta tesis no es novedosa pues el Consejo de Estado en oportunidades anteriores ha realizado una interpretación sistemática y finalística, respetando la restricción propia del régimen de inhabilidades. Entre estas providencias se encuentran:

- **Consejo de Estado, Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. C.P. Joaquín Vanín Tello, 19 de mayo de 1987.**: En aquella ocasión se estudió si era posible declarar la nulidad electoral por la no entrega de los pliegos electorales en la arca triclave, teniendo en cuenta

que la norma establecía que la nulidad solo se presentaba si la entrega de dicho pliegos era extemporánea. En esta oportunidad esta Corporación concluyó que la rigidez de las causales de nulidad no podía llevar al absurdo de sancionar la extemporaneidad en la entrega de las actas y no castigar la *“no entrega”*

- **Consejo de Estado, Sección Tercera. C. P. Ricardo Hoyos Duque, Bogotá., once (11) de septiembre de dos mil tres (2003)**: En esta decisión se concluyó que la prohibición de los servidores públicos de contratar con el Estado, incluye la de presentar propuestas de licitación. En esa decisión, la Corporación afirmó que si bien la interpretación analógica está prohibida en materia disciplinaria, sí es posible interpretar la norma para entender su contenido, así: *“En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente. Esto significa que la interpretación finalista o teleológica, debe conducir al intérprete a cobijar aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma”*.
- **Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de enero de 1998, exp.AC-5397, C.P. Ricardo Hoyos Duque**: Al interpretar el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución especialmente lo que refiere a la expresión en tercer grado de consanguinidad, el Consejo de Estado concluyó que aunque en la norma constitucional solo se hace referencia expresamente al tercer grado de consanguinidad, debe entenderse que se incluye también el primer y segundo grado, pues de lo contrario, esto llevaría a una interpretación absurda, ya que una persona podría ser congresista a pesar de ser el hijo o el hermano de un funcionario que ejerza autoridad civil o política, pero no si es sobrino del mismo.
- **Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicado Nº 110001-0328-000-2013-0006-00. Acumulado (2013-0007-00) Sentencia del 15 agosto de 2014**: Al estudiar la demanda de nulidad contra la elección Francisco Ricaurte como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, se determinó que la adecuada interpretación del artículo 126 de la Constitución implicaba entender que dicha prohibición está dirigida no solo a elegir a los familiares de quien es competente para intervenir en la propia elección, sino también a aquella persona que directamente fue competente para el mismo fin<sup>33</sup>.

31 Anchondo, ob. cit., pág. 41.

32 Anchondo, ob. cit., pág. 42.

33 Aplicando el mismo criterio la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2014 dentro del radicado 110010328000201300015015, declaró la nulidad de la elección de Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

En suma, se reitera que es totalmente viable que a una disposición se le aplique tanto la interpretación restrictiva como la sistemática. Esta premisa es la que se pretende aplicar a la inhabilidad objeto de estudio, entendiendo que de una interpretación sistemática se desprende que la fecha en la cual se configura la inhabilidad no puede coincidir con la fecha en la que se celebran los comicios.

De la misma manera, es menester distinguir entre interpretación restrictiva y anulativa, pues es la segunda la que a lo largo del tiempo se ha acogido, restando eficacia a la norma en los términos expuestos en precedencia.

Igualmente, se precisa que la interpretación armónica tampoco es equivalente a aplicación analógica de las normas, ya que esta última figura es: "la aplicación de la norma a un supuesto no es contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma"<sup>34</sup>.

Por lo tanto, es evidente que la interpretación sistemática de la inhabilidad objeto de estudio, no implica que lo ahí consagrado vaya ser aplicado a un supuesto similar, o lo que es lo mismo, sea de aplicación analógica debido a que su sistematicidad y analogía responden a lógicas incomparables<sup>35</sup>, pues cuando la norma no tiene en su literalidad una hipótesis que sea lógica y necesaria para su sentido, puede hacerse una interpretación que brinde eficacia jurídica a la disposición.

Asimismo, es importante recordar que bajo el nuevo paradigma constitucional el juez deja de ser un mero operador que se limita a reproducir silogismo jurídico, para en su lugar determinar, en el caso concreto, la aplicación correcta e idónea de la norma. Así el papel del juez en el marco del Estado Social de Derecho deja de ser pasivo y se vuelve activo especialmente para propender por la garantía efectiva de los postulados constitucionales, bajo el entendido que "La interpretación jurídica es la búsqueda de la norma, adecuada tanto para el caso como para el ordenamiento jurídico"<sup>36</sup>.

Por ello, como ha quedado expuesto a lo largo del texto no puede el juez aplicar la norma de manera autónoma o aislada, desconociendo lo que el orden jurídico establece en el que concierne a la limitación del derecho fundamental a elegir y ser elegido, toda vez que el mismo Constituyente previó que la limitación al derecho sería de tal magnitud, que el régimen de inhabilidades por medio del cual se restringiría debía ser rígido y severo<sup>37</sup>, esto significa, que debe preferirse una interpretación sistemática que atienda en mayor medida a estos postulados.

<sup>34</sup> Gastuni, ob. cit., pág. 57

<sup>35</sup> En el mismo sentido Gastuni sostiene que "conceptualmente no es imposible trazar una distinción entre aplicación analógica e interpretación extensiva, adscribiendo la primera a los métodos de integración del derecho, y allá segunda a los auténticos métodos interpretativos. Se interpreta extensivamente el derecho cuando se extiende el significado de un término jurídico o una locución jurídica más allá de su significación literal más inmediato. Se aplica analógicamente el derecho cuando se utiliza una norma jurídica para resolver un caso se reconocer como excluido de su campo de aplicación" pág. 70.

<sup>36</sup> Zagreblesky, ob. cit. pág. 134.

<sup>37</sup> El Constituyente señaló que era necesario establecer un régimen de inhabilidades en el cual se evitara que los factores del poder del Estado fueran utilizados con fines electorales. Gaceta Constitucional N° 79.

Es por lo anterior que, para la Sala, la correcta interpretación del artículo constitucional debe incluir el elemento teleológico o finalístico, el cual permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin o propósito de este, es decir, al objeto que se buscó conseguir mediante su establecimiento.

Entonces, como argumento para sustentar la modificación de la jurisprudencia actual, se acude a la interpretación finalística, la cual precisa que el fundamento de estas prohibiciones es eliminar el nepotismo y el **establecimiento de dinastías familiares**<sup>38</sup>, razón por la cual debe preferirse una tesis que responda a los requerimientos planteados por el constituyente.

Finalmente, es de aclarar que según el intérprete autorizado de la Constitución esto es la Corte Constitucional, la interpretación literal no es idónea para la interpretación de la Carta Política, porque las normas ahí contenidas tienen la característica de "textura abierta". Literalmente en Sentencia SU-1122 de 2001 precisó:

*"Dicha apertura hermenéutica es el resultado de aplicar la Constitución a todo el ordenamiento, que torna en insuficientes los criterios de interpretación tradicionales, en particular los literales (C-600A de 1995<sup>4</sup>). En efecto, el tenor literal de la ley no puede enfrentar con éxito las exigencias derivadas de una aplicación del derecho conforme a la Constitución, porque las normas de la Carta son de textura abierta; ellas buscan dar espacio a múltiples concepciones de la vida y la sociedad"* <sup>39</sup>(Subrayas fuera de texto)

En el *sub lite*, se encuentra que si bien la interpretación literal que se ha prolijado no está prohibida la misma resulta incompatible con la parte axiológica de la Carta Política, toda vez que: i) va en contravía de los principios que sustentan la inhabilidad y ii) dicha técnica de interpretación es irreconciliable con el derecho a la igualdad, la moralidad, transparencia y aquellas condiciones éticas mínimas que se exigen de quien aspira a representar al constituyente primario en el Congreso de la República.

Unos de los principales reproches que se le hace a la tesis según la cual la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional se configura solo si el pariente ejerce autoridad

<sup>38</sup> 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".

<sup>39</sup> La anterior tesis fue reiterada por la Corte, cuando al conocer de una acción de tutela en materia electoral determinó, en sentencia T-116 de 2004 que: "El respeto por criterios sistemáticos es, en materia constitucional, de obligatoria observancia. La garantía de la unidad de la Constitución se soporta sobre esta premisa. Dicha unidad tiene entre sus extremos la necesidad de conciliar y armonizar la parte dogmática y la orgánica de la Carta. Lo anterior tiene bondades consecuencias en materia de interpretación constitucional, pues obliga a sujetar la lectura de los preceptos constitucionales contenidos en la parte orgánica a la realización de los derechos constitucionales. Es decir, no basta una interpretación aislada de los preceptos de la parte orgánica, sino que ha de garantizarse que tal interpretación resulte armónica con el sistema de derechos de la Carta, así como con su diseño axiológico. (...) " (Subrayas fuera de texto).

el día de las elecciones, es que la misma desconoce el derecho a la igualdad contenido en los artículos 13 y 40 de la Constitución.

Al respecto la Sala desea precisar, que contrario a lo sostenido por el apoderado de la parte demandada, la finalidad de la inhabilidad alegada no se limita a tratar de evitar el nepotismo, sino que también propende por materializar principios y valores constitucionales que son transversales al orden jurídico colombiano, como lo es específicamente la igualdad de las personas que buscan participar en el rol democrático.

Esto es así, porque con la expedición de la Constitución de 1991 se cambió el paradigma acerca de la fuerza vinculante de los preceptos superiores. En efecto, se reitera, que una de las principales modificaciones adoptadas por la Carta Política fue el entender que las normas constitucionales no son “*letra muerta*”, sino disposiciones a las cuales debe dotarse de toda eficacia para que puedan alcanzar la finalidad propuesta por el Constituyente.

En consecuencia, no es posible entender la inhabilidad de forma aislada, sino de manera armónica con el orden jurídico, máxime si se tiene en cuenta que la efectiva garantía y materialización de los derechos consagrados es una característica fundamental del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, no se puede desconocer que la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Superior, también fue establecida para garantizar la igualdad de los participantes en el proceso electoral y que la interpretación que hasta ahora se viene replicando va en contravía de la materialización de dicho derecho.

La igualdad en materia electoral puede entenderse desde dos perspectivas a saber, la primera de ellas a nivel formal la cual garantiza que todo aquel que quiera hacer parte del proceso democrático pueda participar libremente, ya sea como elector o como representante de la voluntad popular en los cargos que se hayan dispuesto para tal fin.

Para la persona que de manera libre y voluntaria decida participar de manera activa en el proceso democrático como contendor, la Constitución estableció unos requisitos mínimos que son exigidos sin tener consideraciones respecto condiciones raciales, sociales o económicas, es decir, a **todos** lo que decidan postularse como candidatos se le exige el cumplimiento de esos requisitos, garantizando así la igualdad.

A su vez, la segunda perspectiva de la igualdad, es decir, la igualdad material garantiza que los contendores compitan sin ventajas o ayudas, de forma tal que la persona que resulte electa lo sea gracias a un capital electoral propio, no trasladado o heredado y como resultado de una campaña política limpia, autónoma en la que todos hayan competido en igualdad de condiciones.

Con base en lo anterior, **la Sala considera que la tesis actual respecto a cómo debe entenderse el factor temporal de**

**la inhabilidad objeto de estudio, desconoce el derecho a la igualdad en materia electoral como finalidad propuesta por el constituyente al establecer la inhabilidad del numeral 5º artículo 179 Constitucional. Por consiguiente, es evidente que solo mediante la adopción de una interpretación diferente a la hasta ahora adoptada se puede alcanzar en mayor medida el objetivo fijado para esta disposición, esto es, impedir que el poder político se concentre en manos de pocas familias.**

Los anteriores argumentos son suficientes para demostrar porque no resulta viable seguir afirmando que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 se configura únicamente si el pariente de la persona elegida ejerce autoridad el día de las elecciones.

Una vez esbozadas las razones por las cuales debe modificarse la línea jurisprudencial que la Sala electoral ha asentado frente al factor temporal de la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política, surge la siguiente pregunta:

¿Cuál debe ser entonces la interpretación del factor temporal de la inhabilidad, de forma tal que se alcancen todos los fines propuestos por 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 subregla que se deriva de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior, es que aquella se entenderá materializada si se ejerce autoridad desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato.**

Esto es así, porque el ejercicio de autoridad civil o política debe entenderse configurado razonablemente dentro del término de las elecciones, es decir, durante el término que dure la campaña y hasta que se declare la elección respectiva.

En efecto, la campaña electoral para cualquier interesado 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 y no antes ni después, cuando la sociedad tiene certeza de que aquel se convierte en candidato dentro de la pugna por la conformación del poder público.

De la misma forma, las “elecciones” terminan con la expedición del acto de elección, pues es mediante aquel que el candidato se despoja de dicha calidad y se convierte en miembro de una corporación pública, lo cual en el caso que nos ocupa significa que el candidato se convierte en “congresista” electo y por ello se puede dar plena aplicación a las disposiciones contenidas en el tenor del artículo 179 Constitucional. Igualmente, es de anotar que es desde este momento que empieza a correr el término de 30 días que otorga el CPACA para interponer el medio de control de nulidad electoral.

Así las cosas, es razonable que el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional se

encuentre entre estos dos extremos, pues precisamente, se reitera que, el lapso que delimitan estos dos momentos, abarca todo el período de tiempo en el que transcurre la campaña electoral y en el cual se puede utilizar la autoridad civil o política para favorecer la elección de algún familiar.

Como si lo anterior no fuera suficiente, existen además otros argumentos de orden constitucional que soportan la subregla aquí presentada y según la cual la inhabilidad se entiende configurada desde el día inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato. Veamos:

- La interpretación que hoy se adopta, es la constitucionalmente admisible porque obtiene la misma finalidad de la norma, es decir, garantiza el derecho a la igualdad en materia electoral, **lesionando lo menos el derecho a elegir y ser elegido.**

Esto adopta más fuerza si se realiza una comparación con otras interpretaciones del factor temporal sugeridas para suplir el vacío del Constituyente, las cuales lesionarían de manera desproporcionada el derecho contenido en el artículo 40 de la Constitución.<sup>40</sup>

- Dicho lapso es el que más se adecua a los fines de la disposición, pues dota de plena eficacia al artículo superior, materializando el querer del constituyente **pero sin menoscabo del derecho a ser elegido.**
- Es un plazo razonable en el cual se garantiza la transparencia en materia electoral, la igualdad de los contendores y materializa plenamente el derecho a elegir y ser elegido bajo las condiciones planteadas por el constituyente.
- Es el término en el que se lleva a cabo la campaña electoral, lapso durante el cual se evidencia el surgimiento de la inhabilidad y la potencialidad de vulnerar los principios de igualdad y de transparencia del voto.
- Es un período de tiempo cierto y determinable lo cual facilita la aplicación de la inhabilidad, pues se determina con toda claridad su campo de acción.

Estos razonamientos, de orden constitucional, además de soportar la subregla según la cual la inhabilidad estudiada se materializa desde el día inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato, **permite**

<sup>40</sup> La necesidad de la medida fue definida por la Corte Constitucional en Sentencia C-470 de 2011 providencia en la cual determinó que una medida es necesaria para lograr los fines propuestos "si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto, aspecto que normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, pero igualmente conducente al propósito esperado". De igual forma se ha entendido que "una medida que afecta un derecho fundamental es necesaria cuando es la menos gravosa para el derecho afectado entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado".

**descartar el uso de otras interpretaciones del factor temporal sugeridas por los demandantes y por el Ministerio Público, pues acuñarlas implicaría adoptar una medida demasiado gravosa para el derecho a ser elegido. Esta interpretación materializa la finalidad perseguida por el constituyente, pero restringiendo el derecho a ser elegido, a un mínimo razonable para garantizar los principios de transparencia en la elección e igualdad en la participación electoral.**

En síntesis y teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados se concluye que la adecuada interpretación del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, implica entender que la misma **se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que efectivamente se declare la elección del candidato.**

### 2.2.5 Jurisprudencia Anunciada y el Principio de Confianza Legítima

Pese a que la Sala ha fijado una nueva subregla jurisprudencial en lo que respecta a la interpretación del numeral 5° del artículo 179 Constitucional, es importante resaltar que en el *sub judice* se debe dar aplicación al principio de confianza legítima, para efectos de validar el nuevo parámetro de interpretación del artículo constitucional, esto es, aquel que entiende que la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 Superior se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que efectivamente se declare la elección del candidato.

Sabido es que, 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"<sup>41</sup>.

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"<sup>42</sup>, por lo que la confianza en el Estado no es solo deseable, sino también jurídicamente exigible.

En este sentido, es posible que el Estado cree expectativas y las defraude en sede administrativa, legislativa o judicial, generándose así su responsabilidad y el correlativo deber de repararlo, en virtud de lo consagrado por el artículo 90 de la Constitución Política.

<sup>41</sup> Valbuena Hernández, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Pág. 465.

<sup>42</sup> Ver sentencia SU-601 de 1999 M. P. Vladimiro Naranjo.

Importa a nuestro análisis la creación de expectativas por parte del Estado- Juez. Bajo esta óptica, se considera que las autoridades judiciales pueden llegar a defraudar la confianza legítima de sus administrados y causar ciertos daños antijurídicos que deben repararse, aun cuando no medie en la decisión el dolo o la culpa del juzgador.

La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando *“el administrado tiene razones plausibles para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y discernimientos plasmados en forma repetida e insistente en las decisiones judiciales, las cuales tiene la connotación de ‘precedentes judiciales’ y constituyen fuentes creadoras del derecho”*<sup>43</sup>.

En este orden ideas, los ciudadanos tienen derecho a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la ley por parte de los jueces, sin que aquello implique que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo; simplemente consiste en que en aquellos casos en los que el fallador pretenda alejarse de la línea jurisprudencial, debe motivar su sentencia y esta se debe ajustar a derecho<sup>44</sup>.

El apartamiento de los precedentes jurisprudenciales debe encontrarse debidamente sustentado en una motivación razonable y suficiente, capaz de explicar el abandono de posturas y doctrinas seguidas por el propio órgano judicial en el pasado, pues es claro que el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional. Más aun cuando en nuestro actual sistema de fuentes la jurisprudencia *“puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva”*<sup>45</sup>.

Es menester y oportuno entonces advertir cómo en la práctica la invocación de precedentes jurisprudenciales se ha vuelto cada vez más frecuente y cotidiana por parte de los jueces<sup>46</sup>, lo cual permite predicar que la doctrina del precedente judicial, así configurada, ha venido conquistando más espacios en nuestro derecho interno, pues la reiteración y la observancia de criterios ya definidos en el pretérito en asuntos de naturaleza similar y que han llegado a conformar una línea jurisprudencial estable,

decantada y definida, son consideradas como condiciones de racionalidad, validez y coherencia de las decisiones judiciales.

Resulta indiscutible, por lo tanto, que el precedente judicial juega un importante papel argumentativo y persuasivo en el derecho colombiano, en tanto es la regla, o subregla, de derecho empleada para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o de derecho puestos en conocimiento de un juez. El precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación<sup>47</sup>.

El carácter vinculante de estas reglas o subreglas de derecho, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez; las funciones asignadas a este por la norma superior y, por supuesto, en la salvaguardia de los principios a la igualdad y a la seguridad jurídica, así como en la coherencia del ordenamiento jurídico<sup>48</sup>, pues no se puede aceptar que en aplicación de los principios de autonomía e independencia, se desconozca el carácter sistemático del texto constitucional que obliga a ponderar los principios en tensión, en donde, la igualdad material y la certeza jurídica, cobran relevancia<sup>49</sup>.

Entonces, cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, **de modo que no sorprenda al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura**, (Por ejemplo, una forma de adaptación está contemplada en los fallos de tipo académico) con violación al principio y fin funcional del derecho de otorgar certeza y seguridad jurídica<sup>50</sup>.

En tales condiciones, el método de interpretación resulta relevante, en la medida en que deberá consultar inexcusablemente las disposiciones constitucionales. Es decir, la tesis jurídica que remplace a otra, para que no lesione el principio de confianza legítima, debe ser respetuosa de las normas superiores pertinentes.

Son presupuestos para la identificación de la confianza legítima los siguientes:

- **Existencia de una base objetiva de la confianza.** Al respecto, indican Sylvia Calmes y Pierre Pescatore, que para

43 Ibídem.

44 Corte constitucional. Sentencia T-321 de 1998. Magistrado Ponente: doctor Alfredo Beltrán Sierra.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Aclaración de Voto del Consejero, Alberto Yepes Barreiro, Radicación Número: Ap 170013331003201000205-01, Accionante: Javier Elías Arias Idarraga.

46 Sobre el punto se pueden consultar las providencias: i) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Tutela de 19 de febrero de 2015, Rad. 2013-2690-01, Accionante: Joséfín Flórez Peña, Accionado: Tribunal Administrativo del Huila y Otro y ii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

47 Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

48 Corte Constitucional Sentencia C 335 de 2008.

49 Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 26 de marzo de 2015, Rad. 2014-03886-00 PI, Accionante: Ricardo Antonio Martínez Hernández, Demandado: Juan Carlos Rivera Peña.

50 Recordemos que en los términos del Profesor L. Recasens Siches el derecho no tiene finalidades concretas o particulares, sino que implica ideas de finalidades funcionales, las cuales son plenamente universales. Así, el autor indica que aquellas son: a) otorgar certeza y seguridad; b) resolver los conflictos de intereses; y c) organizar, legitimar y restringir del poder político. Sobre el tema Cfr. Luis Recasens Siches, *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*, (México: Porrúa, 5ª Edición, 1975) p. 224.

lograr identificar una situación de confianza protegible, es necesario que existan unos signos externos de carácter concluyente que sirvan de "base de la confianza" y tengan la capacidad de generar expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados.

Es por tanto indefectible que se corroboren "*becbos concluyentes que por su claridad y contundencia permiten inferir, por una parte, la existencia de una voluntad tácita de la administración destinada a producir un efecto jurídico determinado, y por otra, el otorgamiento de la confianza por parte del destinatario de dicha representación*".

- **Legitimidad de la confianza.** Se refiere a aquello que es justo, genuino y verdadero, es decir, aquello que se ajusta al derecho o a la razón. Sumado a lo anterior, la legitimidad comporta una idea de justificación, entonces, al referirse a confianza legítima se habla de confianza justificada, al sustentarse en circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan.

Por tanto, se está en presencia de confianza legítima cuando el administrado ha obrado de manera honesta, diligente, cuidadosa y prudente, esto es, que su conducta se haya inspirado en la buena fe. Y por supuesto, teniendo en cuenta que el administrado estaba en la imposibilidad de prever la modificación de los criterios, posturas y reglamentaciones.

- **La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza.** Este elemento implica que la confianza fundada en los signos externos manifestados por el Estado, tiene la fuerza suficiente para que el confiante despliegue u omita una conducta que ponga de manifiesto su confianza ante el actuar estatal.
- **La defraudación de la confianza legítima:** La defraudación consiste en una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que genera "*una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados*"<sup>51</sup>.
- Así las cosas, NO le asiste razón a los demandantes cuando argumentan que no hay lugar a la aplicación del principio de confianza legítima respecto del señor Ramírez Valencia, por cuanto es claro que la **subregla** según la cual la inhabilidad se entiende configurada desde el día inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato, constituye una variación jurisprudencial del criterio con el que se venía tratando esta clase de asuntos.

Por ello, no cabe otra conclusión sino colegir que **en el caso concreto los efectos de este fallo en cuanto al actual**

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2002. Magistrado Ponente: Manual José Cepeda Espinosa.

**entendimiento del factor temporal del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, no pueden tener efectos, más allá, de los académicos, so pena de desconocer la confianza legítima del Estado Juez y el derecho fundamental a ser elegido de quien hoy ostenta la calidad de demandado.**

Lo anterior adopta más fuerza si se tiene en cuenta que en el *sub lite* se satisfacen a cabalidad todos los supuestos que exige confianza legítima ya que:

- desde el año 1999 la jurisprudencia de esta Corporación entendió que la inhabilidad objeto de estudio se configuraba si la autoridad por parte del pariente se ejercía el día de las elecciones;
- que dicho entendimiento se profirió dentro de casos con similares supuestos fácticos a los que originaron la presente demanda y
- la conducta del representante elegido y la de su hermano estuvo inequívocamente orientada por la línea jurisprudencial que la Sala construyó sobre la interpretación del factor temporal del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, pues así se desprende tanto de la intervención realizada por el señor León Darío Ramírez Valencia en la audiencia de alegaciones y juzgamiento<sup>52</sup>, como del análisis de la carta de renuncia al cargo de Alcalde de Santa Bárbara presentada por Jorge Hernán Ramírez Valencia (hermano del demandado), en la que se lee que:

*"dejo mi constancia que esta renuncia es voluntaria y libre motivada de manera exclusiva en facilitar que mi hermano León Darío Ramírez Valencia pueda ser elegido nuevamente, sin ninguna dificultad jurídica como Representante a la Cámara por Antioquia, el próximo 9 de marzo sin infringir el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 de la C. P. (...)"*<sup>53</sup>

Bajo este orden de ideas, no es viable declarar nula la elección de León Darío Ramírez Valencia, porque aquel actuó con base en la jurisprudencia que al momento existía, esto es, que la inhabilidad solo se tipificaba si el pariente ejercía autoridad el día de las elecciones.

Por ello mal podría el juez conculcar sus derechos fundamentales, otorgando efectos retroactivos a una tesis que al momento de su inscripción y elección como Congresista aún no había sido adoptada por esta Sección<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> En efecto, tal y como se mostró al momento de reseñar los alegatos de conclusión el representante elegido en uso de la palabra en la citada diligencia, informó que tanto su proceder como el de su hermano se orientó por los parámetros jurisprudenciales fijados por esta Corporación respecto a la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución. (CD de audiencia de alegaciones y juzgamiento obrante a folio 382 del expediente 2014-0034).

<sup>53</sup> Folio 113 Expediente 2014-34 y Folio 22 del Expediente 2014-0026

<sup>54</sup> En el mismo sentido se pronunció la Sección Quinta en sentencia del 12 de septiembre de 2013 proferida dentro del radicado 25000233100020110077502, cuando al estudiar la demanda de nulidad

### 3. Conclusión

De lo expuesto la Sala concluye que:

- La inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, se entenderá configurada **desde el día de la inscripción** de la candidatura al cargo de elección popular y **hasta el día en el que efectivamente se declare la elección**.
- 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 en las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes.
- Atendiendo a los postulados del principio de confianza legítima no es posible declarar la nulidad del acto contenido en el formulario E-26 CA por medio del cual se declaró electo a León Darío Ramírez Valencia como Congresista.

Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma 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,

### RESUELVE

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Guillermo Palacio Vega y Martín Emilio Cardona.

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 5º 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

Salvamento de Voto

Alberto Yepes Barreiro

**Susana Buitrago Valencia**

**Alfredo Beltrán Sierra**

Conjuez

---

contra el alcalde del municipio de Soacha determinó que no era viable declarar la nulidad de la elección, porque si bien la Sala cambió el entendimiento de la figura de doble militancia, declarar la nulidad de la elección defraudaría el principio de confianza legítima de dicho servidor público.

### SALVAMENTO DE VOTO CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

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 21 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.

(...)

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.

(...)

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 Luis Guillermo Nieto Roa, en la cual no se especificaba el grado de consanguinidad o afinidad del familiar que generaba la inhabilidad, sino simplemente se enunció 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, entendiéndolo 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"<sup>1</sup> (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:

1 Antecedentes Artículo 179 de la Constitución Política, Biblioteca Consejo de Estado, págs. 11 y 12.

“(…), 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 8º 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, solo 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 periodo. 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 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 período, 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 5º 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)<sup>2</sup>, también había reiterado y acogido el criterio desarrollado por la Sala Electoral. Allí se explicó que las inhabilidades consagradas en los numerales 2, 3 y 6 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

<sup>2</sup> Magistrada Ponente Doctora Susana Buitrago Valencia.

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 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 5ª de 1992 –ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso–, según el cual ‘No podrán ser elegidos Congresistas’ quienes se encuentren incursos 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”.<sup>3</sup>

**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

<sup>3</sup> Sentencia Sala Plena de 15 de febrero de 2011, Exp. 2010-01055 PI, M. P. Enrique Gil Botero.

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”.<sup>4</sup>

#### 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 solo 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...’ (Negrillas 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.

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”.<sup>5</sup>

En este orden de ideas, es claro que la inhabilidad prevista en el numeral 5º 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 elecciones<sup>6</sup>.

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 5º 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.

<sup>4</sup> Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 1100103280002006000067, 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.

<sup>5</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706-01.

<sup>6</sup> 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.

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 elección<sup>7</sup> y **ii)** la sanción disciplinaria<sup>8</sup>, pero, además, en algunos eventos con otras consecuencias como la pérdida de investidura –para miembros de Corporaciones Públicas–, la incursión en un delito sancionable penalmente<sup>9</sup>, y la imposibilidad de acceder a cualquier cargo público o contrato con entidad estatal<sup>10</sup>.

Entre las inhabilitaciones 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 inhabilitación 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 inhabilitaciones 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"<sup>11</sup>.

Tal prohibición, (inhabilitación), 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 al órgano legislativo y

en general a los cargos o funciones públicas, de carácter personal y subjetiva.

Así, las inhabilitaciones 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 inhabilitaciones, 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*".<sup>12</sup>

La finalidad de las inhabilitaciones 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 inhabilitación 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 5º tantas veces mencionado en este caso concreto, no presenta *per se* una inconsistencia que

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 del 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.

12 C-509 de 1995.

amerite el ejercicio de un poder creador del juez en términos “hartianos”<sup>13</sup> 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.

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.

3. 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.

4. 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**

<sup>13</sup> Sobre este punto ver “El debate Hart – Dworkin”, *Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá 2000, pg. 19.*

**RECURSO DE APELACIÓN - Contra fallo que declaró probada parcialmente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Secretario de gobierno del municipio de Pereira**

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, y por efectos metodológicos, la Sala en primer lugar, determinará si el demandado cumple con los requisitos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira; posteriormente, analizará la pertinencia del argumento de los apelantes concerniente a la idoneidad del título profesional del accionado para ejercer dicho cargo; y, así considerará si es menester confirmar o revocar el fallo apelado.

Los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en las entidades territoriales fueron estipulados en el artículo 13 del Decreto Ley No. 785 de 2005.

El municipio de Pereira, dentro del margen de discreción otorgado por el Decreto 785 de 2005 para establecer los requisitos necesarios para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en dicho municipio, dispuso como tales: i) título profesional universitario; y, ii) experiencia profesional de 6 meses. Así pues, tal como los mismos demandantes lo afirmaron, y de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, es más que evidente que el demandado cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por las normas transcritas.

Ahora bien, en razón a la apelación de los demandantes, la cual se basó en el análisis de idoneidad que debe realizar el Juez de lo Contencioso Administrativo respecto de la profesión de Ingeniería Agroindustrial acreditada por el demandado para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en el municipio de Pereira, pues, tal como estos lo señalaron desde la interposición de la demanda, a pesar de que aquel cumple con los requisitos exigidos por la norma para esos efectos, dicha profesión no encuentra conexidad entre las funciones que se deben desempeñar en tan importante cargo con el perfil de esta carrera.

Advierte la Sala que el objeto de la acción de nulidad electoral no está circunscrito a este tipo de debates, pues de conformidad con el artículo 139 del CPACA, que definió la pretensión de nulidad electoral, se refirió a "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"; por las causales de nulidad establecidas para ello. Y, tal como quedó demostrado en párrafos anteriores, al realizar un estudio de legalidad del acto que designó al demandado como Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, el señor James Andrés Herrera Agudelo cumple con los requisitos de estudio y experiencia exigidos por el Decreto Ley 785 de 2005 y el Decreto 583 de 2006 para ser nombrado en dicho cargo.

Para la Sala es evidente que lo que los accionantes pretenden es controvertir la forma en que el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005 y el artículo 4 del Decreto No. 583 de 2006 consagraron los requisitos para ejercer el cargo en el que fue nombrado el demandado, pues no están de acuerdo en que para esos efectos se exija cualquier profesión, sino que por el contrario aquella debe estar relacionada directamente con las funciones a ejercer.

Según este razonamiento, es notorio que la acción electoral no está dispuesta para tales fines, contrario sensu y si el deseo de los demandantes es realizar un juicio de legalidad respecto de los actos que dispusieron los requisitos para ejercer cargos como en el que fue designado el señor Herrera Agudelo, el ordenamiento jurídico consagra para tales fines el medio de control de simple nulidad, previsto en el artículo 137 del CPACA si el deseo de los demandantes es debatir la forma en que el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005 y el artículo 4 del Decreto No. 583 de 2006 dispusieron los requisitos para acceder al cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, es menester que estos acudan a la Jurisdicción en uso del medio de control de simple nulidad, pues como se explicó, es esta acción la que se encuadra en la finalidad que aquellos pretenden.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00112-01

Actor: Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y otro

Demandado: Secretario de Gobierno del municipio de Pereira

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra el fallo de 9 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se declaró parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda y se negaron las pretensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Hechos**

El 13 de febrero de 2015, mediante Decreto No. 140, el Alcalde de Pereira nombró al señor James Andrés Herrera Agudelo como Secretario de Gobierno de ese municipio.

El demandado tiene título profesional de Ingeniero Agroindustrial, conferido por la Universidad La Gran Colombia

y es especialista en Administración Financiera de la Escuela de Administración de Negocios (EAN).

A juicio de los demandantes, la profesión del demandado no es idónea para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, pues para ser nombrado en dicho cargo se requiere demostrar conocimientos específicos, que evidentemente no tienen conexidad con el perfil de Ingeniero Agroindustrial, carrera de la cual es egresado el señor Herrera Agudelo.

### 1.2. Pretensiones

Los demandantes expusieron las siguientes:

*“Primera: Que se declare nulo el Decreto Municipal 140 del 13 de febrero de 2015, mediante el cual el Alcalde de Pereira nombra al señor James Andrés Herrera Agudelo identificado con cédula de ciudadanía 10.019.218 de Pereira, en el cargo de Secretario de Despacho, Código 020 Grado 08 Dependiente de la Secretaría de Gobierno.*

*Segundo: Que se le ordene al municipio de Pereira ajustar el manual de funciones del municipio de Pereira en el acápite correspondiente a los requisitos de estudio y experiencia para ocupar el cargo de Secretario de Despacho, para que de esta manera se ajuste al principio de idoneidad. Si bien esta pretensión se desvía de la órbita de la Acción de Nulidad Electoral, es también cierto a la vez que los funcionarios del Estado deben propender por la seguridad jurídica, y bajo este supuesto es que los accionantes la elevan ante ustedes señores Magistrados”.*

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

Los accionantes invocaron como normas violadas el Decreto Ley 785 de 2005 y los “principios de la función pública”.

El concepto de violación fue determinado de la siguiente manera:

El cargo de Secretario de Despacho, Código 020, hace parte del nivel directivo por disposición del artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005. Esta norma establece los requisitos generales para acceder a empleos en las entidades territoriales. Por otra parte, el artículo 13 *ídem* hace referencia a las competencias laborales y a los requisitos para el ejercicio de dichos empleos.

En el municipio de Pereira existen a la fecha 12 Secretarías de Despacho, de las cuales en 4 se requiere título universitario con una formación específica; y, en las 8 restantes, entre ellas la Secretaría de Gobierno, solo se solicita título profesional universitario, sin especificar las áreas del conocimiento.

A juicio de los accionantes, es necesario analizar si el demandado con su formación profesional universitaria de Ingeniero Agroindustrial es idóneo para ocupar el cargo de Secretario de Gobierno, a la luz de los principios del derecho administrativo y la función pública.

En primer lugar, señalaron que los requisitos para ocupar este cargo son: título profesional de Universidad y 6 meses de experiencia profesional<sup>1</sup>; y, posteriormente indicaron que el Decreto 785 de 2005 señala que en los municipios de categorías especial, primera, segunda y tercera (dentro de las cuales se encuentra el municipio de Pereira); y, para los cargos del nivel directivo (como los Secretarios de Despacho), los requisitos mínimos exigidos son el de título profesional y la experiencia, es decir, dejó a disposición de las propias entidades territoriales, fijar los títulos profesionales correspondientes, pero bajo ningún entendido de que no tuvieran conexidad con las funciones a ejercer.

Afirmaron que, de conformidad con las funciones que debe cumplir el Secretario de Gobierno en el municipio de Pereira, de cara con el plan de estudios de pregrado de Ingeniería Agroindustrial de la Universidad La Gran Colombia - Seccional Armenia y el perfil de sus egresados, es evidente que no existe conexidad entre esta profesión y los conocimientos que requiere el titular de la Secretaría mencionada, para manejar asuntos como formulación de políticas sobre seguridad ciudadana, formulación de planes sectoriales, elaboración y expedición de disposiciones relacionadas con el Código de Policía, coordinación de actividades carcelarias, orden público y atención a la población desplazada.

Concluyeron que, si bien el demandado posee un título universitario, este no le genera la idoneidad para ocupar el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, en razón a los conocimientos que exige el ejercicio de tan relevantes funciones, por lo que se hace necesario que un profesional con un título más acorde las ejerza.

### 1.4. Contestaciones de la demanda

1.4.1. **El municipio de Pereira**, actuando por intermedio de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y argumentó que esa entidad territorial mediante el Decreto No. 583 de 2006<sup>2</sup> estableció como requisitos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno el poseer título profesional de universidad y experiencia profesional de 6 meses, requisitos que son cumplidos a cabalidad por el señor Herrera Agudelo, pues dicho funcionario posee título profesional universitario de Ingeniero Agroindustrial según tarjeta profesional expedida por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus profesiones auxiliares.

<sup>1</sup> Aducen que según documento enviado por el municipio (Fl. 3).

<sup>2</sup> “Por medio del cual se expide el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales para la nueva planta de empleos del municipio de Pereira nivel central”.

Además, el demandado, según se observa en su hoja de vida, laboró en el Instituto Municipal de Tránsito entre el 4 de enero de 2008 al 15 de febrero de 2015, según certificación expedida por la Profesional Especializada de Talento Humano de esa entidad, lo cual demuestra los conocimientos, actitudes, valores y habilidades necesarias para desempeñar el cargo en el que ha sido nombrado, debido a su larga trayectoria en el sector público.

Destacó que el Decreto No. 583 de 2006 se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad, pues a la fecha no ha sido demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se torna en improcedente la presente acción de nulidad electoral, toda vez que el nombramiento del demandado se efectuó con base en las normas que facultan al municipio para hacerlo.

Señaló que el accionado, conforme con la experiencia demostrada por más de 6 años como director de una entidad descentralizada de gran envergadura como lo es el Instituto Nacional de Tránsito, dio al ente territorial la seguridad e idoneidad que se requiere para ocupar el cargo de Secretario de Despacho, concretamente en la Secretaría de Gobierno.

Argumentó que los accionantes consideran que el manual de funciones del municipio de Pereira no se encuentra ajustado al principio de "idoneidad", en esa medida, es este el acto que debe ser demandado, ya que a la fecha goza de presunción de legalidad y plena validez, pues este no ha sido demandado ante la jurisdicción competente y no es la acción electoral la vía para ajustar dicho acto.

Propuso la excepción a la que denominó "inexistencia de objeto sobre el cual decidir". Sobre el particular adujo que a la fecha de contestación de la demanda, el accionado presentó renuncia voluntaria e irrevocable al cargo de Secretario de Despacho de la Secretaría de Gobierno, la cual le fue aceptada mediante Decreto No. 276 del 17 de abril de 2015, no existiendo motivo alguno que permita continuar con el proceso.

Por último, propuso la excepción de "improcedencia de la acción", toda vez que los accionantes además de pretender la nulidad del nombramiento del señor James Herrera como Secretario de Gobierno, pretenden el ajuste del manual de funciones de la entidad territorial, por lo cual es claro que existe una indebida acumulación de pretensiones, toda vez que la primera se dirige a través de la acción de nulidad electoral, mientras que la segunda mediante la acción de simple nulidad.

1.4.2. **El demandado**, mediante apoderado judicial, argumentó que conforme al artículo 13 del

Decreto No. 785 de 2005, los requisitos para ocupar el cargo de Secretario de Despacho de la Secretaría de Gobierno son: estudio y experiencia.

Adujo que, del material probatorio aportado al proceso se advierte que su poderdante es Ingeniero Agroindustrial, egresado de la Universidad La Gran Colombia - Seccional Armenia y es especialista en Administración Financiera, con lo cual se concluye que sí cumple con los requisitos exigidos por la norma y por lo cual las pretensiones deben ser desestimadas.

### 1.5. Fallo de primera instancia

El 9 de junio de 2015 el Tribunal Administrativo de Risaralda realizó audiencia inicial en el proceso de la referencia. En esta misma diligencia se llevó a cabo la audiencia de alegaciones finales y posteriormente se dictó fallo en el que declaró parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda y negó las pretensiones.

Respecto de la excepción de "improcedencia de la acción", propuesta por la apoderada del municipio de Pereira, adujo el *a quo* que en el caso de la referencia se presenta una indebida acumulación de pretensiones que deviene en ineptitud de la demanda, toda vez que tratándose del medio de control de nulidad electoral solo es posible la acumulación de procesos conforme al artículo 282 del CPACA,<sup>3</sup> pues no le es aplicable a este tipo de procesos el artículo 165<sup>4</sup> *ídem*; por tanto, declaró

3 **Artículo 282. Acumulación de procesos.** Deberán fallarse en una sola sentencia los procesos en que se impugne un mismo nombramiento, o una misma elección cuando la nulidad se impetire por irregularidades en la votación o en los escrutinios. Por otra parte, también se acumularán los procesos fundados en falta de requisitos o en inhabilidades cuando se refieran a un mismo demandado.

En el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, vencido el término para contestar la demanda en el proceso que llegue primero a esta etapa, el Secretario informará al Magistrado Ponente el estado en que se encuentren los demás, para que se proceda a ordenar su acumulación.

En los juzgados administrativos y para efectos de la acumulación, proferido el auto admisorio de la demanda el despacho ordenará remitir oficios a los demás juzgados del circuito judicial comunicando el auto respectivo. La decisión sobre la acumulación se adoptará por auto. Si se decreta, se ordenará fijar aviso que permanecerá fijado en la Secretaría por un (1) día convocando a las partes para la diligencia de sorteo del Magistrado Ponente o del juez de los procesos acumulados. Contra esta decisión no procede recurso.

El señalamiento para la diligencia se hará para el día siguiente a la desfijación del aviso. Esta diligencia se practicará en presencia de los jueces, o de los Magistrados del Tribunal Administrativo o de los Magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado a quienes fueron repartidos los procesos y del Secretario y a ella podrán asistir las partes, el Ministerio Público y los demás interesados.

La falta de asistencia de alguna o algunas de las personas que tienen derecho a hacerlo no la invalidará, con tal que se verifique la asistencia de la mayoría de los jueces o Magistrados, o en su lugar del Secretario y dos testigos.

4 **Artículo 165. Acumulación de pretensiones.** 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 concurran 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

parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda y se inhibió de pronunciarse respecto de la pretensión segunda del libelo introductorio.

Respecto de la excepción de *"inexistencia de objeto sobre el cual decidir"*, adujo que tal oposición no constituye excepción, por cuanto no tiene la aptitud suficiente para enervar la prosperidad de las pretensiones formuladas por los demandantes mediante la enunciación de hechos nuevos tendientes a extinguir, modificar o aplazar los efectos de las mismas, sino que se limita a contradecir o negar los hechos de la demanda o los elementos constitutivos del derecho invocado.

Por otra parte señaló que, a pesar de haberse presentado la renuncia del demandado al cargo de Secretario de Despacho de la Secretaría de Gobierno de Pereira, esta situación no es óbice para hacer un estudio de fondo del caso, de conformidad con amplia jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se reitera la improcedencia de sentencia inhibitoria por sustracción de materia en los actos de elección.<sup>5</sup>

Al entrar al fondo del asunto argumentó que el Decreto No. 583 de 2006 establece como requisitos para desempeñar el cargo de Secretario de Gobierno el título de profesional universitario y 6 meses de experiencia.

Afirmó que el artículo 13 del Decreto No. 785 de 2005 señaló que para ejercer los cargos del nivel directivo en los órdenes departamental, distrital y municipal se requiere como mínimo el título profesional y experiencia; y, como máximo título profesional, título de postgrado y experiencia.

Así pues, señaló que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario se evidencia que el demandado posee título profesional universitario como Ingeniero Agroindustrial de la Universidad La Gran Colombia y cuenta con especialización en administración financiera de la Escuela de Administración de Negocios.

También se allegó constancia proferida por la profesional especializada de Talento Humano del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, en la que da cuenta que el señor Herrera Agudelo laboró en dicha Entidad desde el 4 de enero de 2008 al 15 de febrero de 2015 en el cargo de Director General, por tanto, cuenta con experiencia profesional superior a los 6 meses de los que habla la norma.

De conformidad con lo anterior, no evidenció que con el acto enjuiciado se esté infringiendo el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005, toda vez que los requisitos establecidos en dicho

precepto normativo fueron acreditados en debida forma por el demandante.

Puntualizó que no le es dable a ese Juez Colegiado ahondar en una discusión jurídica respecto de si la profesión universitaria del actor es idónea para el cargo en el cual fue nombrado, comoquiera que la norma no establece una profesión determinada para el ejercicio de las funciones y que son inherentes a un Secretario de Despacho.

## 1.6. Recurso de apelación

Los demandantes apelaron el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda. Para el efecto, reiteraron lo expuesto en la demanda y agregaron que el *a quo* no abordó en la sentencia lo planteado por los accionantes en la demanda, pues desde que aquella fue presentada, se admitió que el demandado cumplía con lo señalado por el manual de funciones respecto a que podía presentar cualquier título profesional para desempeñarse en el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, lo que se planteó de manera concisa fue la idoneidad de la carrera de Ingeniería Agroindustrial para cumplir las funciones que tiene a su disposición dicha dependencia.

Argumentaron que el Tribunal acudió a la interpretación literal *"asentada en el ajeño deduccionismo judicial"* en el que el juez está limitado a expresar lo que la ley dice *"bajo el artificio del silogismo, tesis basada en el mito de la sabiduría del legislador"*.

Consideran que en el Estado Colombiano hay unos principios generales que gobiernan las actuaciones administrativas, dentro de ellos se encuentran la idoneidad y eficacia, los cuales hacen referencia a las calidades que se deben tener para el desempeño de determinadas funciones, con el objetivo de lograr los fines estatales.

## 1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

### 1.7.1. La apoderada del municipio de Pereira reiteró lo expuesto en la contestación de demanda.

### 1.7.2. El demandado y los accionantes guardaron silencio.

## 1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado indicó que los requisitos para ser nombrado en el cargo de Secretario de Gobierno municipal se encuentran consagrados en el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005.

Por otra parte, el municipio de Pereira expidió el Decreto No. 583 de 2006, el cual señala como requisitos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno de ese municipio título profesional universitario y experiencia profesional de 6 meses.

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.

5. Hizo referencia al expediente con Radicado No. 2001-0056 y 2001-0057. 30 de agosto de 2002. C. P.: Darío Quiñónez Pinilla.

Adujo que el demandado satisface plenamente los requisitos mencionados, pero que, de conformidad con la impugnación de los actores aquellos no están de acuerdo con la idoneidad de la carrera de Ingeniería Agroindustrial demostrada por aquel para el cumplimiento de sus funciones como Secretario de Gobierno municipal.

Afirmó que este criterio no puede ser tenido en cuenta en el *sub lite* puesto que el acto administrativo mediante el cual se fijaron por parte del municipio de Pereira los requisitos para desempeñar los cargos del nivel central de esa territorialidad cuenta con presunción de legalidad, por lo tanto, es imposible controvertirla mediante este tipo de acción.

Adujo que el análisis del caso concreto se ciñe a determinar si el demandado cumple o no con las calidades o requisitos para el ejercicio del cargo, análisis que se encuentra relevado del estudio de idoneidad. A su juicio, este estudio no puede ser realizado en esta instancia, toda vez que fue el legislador y el respectivo ente territorial quienes determinaron que para el ejercicio de dicho cargo se debe contar con título profesional y no requiere especificidad alguna, es decir, en cualquier área de formación, pues ni el legislador ni el municipio dentro de su régimen de autonomía han determinado requisito adicional.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por los accionantes contra el fallo del 9 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, está fijada en los artículos 150 y 152-9 del CPACA; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

### 2.2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 140 del 13 de febrero de 2015 “Por medio del cual se hace un nombramiento” (Fl. 11 del expediente).

### 2.3. Cuestión previa

Observa la Sala que el Tribunal Administrativo de Risaralda en el fallo de 9 de junio de 2015 declaró parcialmente probada la excepción de ineptitud de la demanda lo que lo llevó, de un lado, a inhibirse respecto de una de las pretensiones y a negar las otras.

Lo anterior toda vez que, a su juicio, en el caso de la referencia se presentaba una indebida acumulación de pretensiones, lo que devenía en ineptitud de la demanda, ya que tratándose del medio de control de nulidad electoral, solo es posible la acumulación de procesos conforme al artículo 282 del CPACA, y en consecuencia, se inhibió para pronunciarse respecto de la pretensión segunda del libelo.

Al respecto, advierte la Sala que era menester que el Despacho Sustanciador en lugar de ... inadmitiera la pretensión segunda de la demanda, toda vez que aquella, como lo adujo el Tribunal, no podía ser acumulada con pretensiones de nulidad electoral, ya que el trámite que se le imparte al medio de control de simple nulidad es diferente al otorgado a los procesos de nulidad electoral –trámite especial de los artículos 275 al 296 del CPACA-, y por tanto, se hacía imposible acumular en una misma demanda pretensiones de nulidad electoral con pretensiones de simple nulidad, so pena de desconocer el numeral 4 del artículo 165 ídem<sup>6</sup>.

Se recuerda que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran proscritos los fallos inhibitorios, pues estos constituyen la “*antítesis*” del acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Por esta razón, el Juez tiene la responsabilidad de agotar todas las posibilidades que dicho ordenamiento le ofrece y así tomar una decisión de fondo<sup>7</sup>.

### 2.4. Análisis del asunto de fondo

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, y por efectos metodológicos, la Sala en primer lugar, determinará si el demandado cumple con los requisitos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira; posteriormente, analizará la pertinencia del argumento de los apelantes concerniente a la idoneidad del título profesional del accionado para ejercer dicho cargo; y, así considerará si es menester confirmar o revocar el fallo apelado.

#### 2.4.1. Requisitos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en el municipio de Pereira

Los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en las entidades territoriales fueron estipulados en el artículo 13 del Decreto Ley No. 785 de 2005<sup>8</sup> así:

*“Artículo 13. Competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos. De acuerdo con la categorización establecida para los Departamentos, Distritos y Municipios y de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno nacional, las autoridades territoriales deberán fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos, así:*

##### *13.1. Las competencias se determinarán con sujeción*

6 “Artículo 165. Acumulación de pretensiones. 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: (...) 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento”.

7 Referencia: expediente T-3106563. Accionante: Siceris Rocío Ortiz Hernández en representación de su hija Ledis María Mosquera Ortiz contra el Tribunal Administrativo del Cesar. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. 20 de octubre de 2011.

8 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”.

a los siguientes criterios, entre otros:

13.1.1. Estudios y experiencia.

13.1.2. Responsabilidad por personal a cargo.

13.1.3. Habilidades y las aptitudes laborales.

13.1.4. Responsabilidad frente al proceso de toma de decisiones.

13.1.5. Iniciativa de innovación en la gestión.

13.2. Los requisitos de estudios y de experiencia se fijarán con sujeción a los siguientes mínimos y máximos:

**13.2.1 Nivel Directivo**

**13.2.1.1. Para los departamentos, distritos y municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:**

**Mínimo: Título profesional y experiencia.**

**Máximo: Título profesional y título de posgrado y experiencia.**

13.2.1.2. Para los distritos y municipios de categorías: Cuarta, quinta y sexta:

Mínimo: Título de Tecnólogo o de profesional y experiencia.

Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.

Se exceptúan los empleos cuyos requisitos estén fijados por la Constitución Política o la ley.

13.2.2. Nivel Asesor

13.2.2.1. Para los empleos de los departamentos, distritos y municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:

Mínimo: Título profesional y experiencia.

Máximo: Título profesional, título de posgrado y experiencia.

13.2.2.2. Para los empleos pertenecientes a los Distritos y Municipios de categorías: cuarta, quinta y sexta:

Mínimo: Al fijar el requisito específico podrá optar por el título de formación técnica profesional o terminación y aprobación de tres (3) años de educación superior.

Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.

13.2.3. Nivel Profesional

Para los empleos del orden Departamental, Distrital y Municipal:

Mínimo: Título profesional.

Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.

13.2.4. Nivel Técnico

13.2.4.1. Para los empleos de los Departamentos, Distritos y Municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:

Mínimo: Diploma de bachiller en cualquier modalidad.

Máximo: Al fijar el requisito específico podrá optar por el título de formación técnica profesional o tecnológica y experiencia o terminación y aprobación del pènsun académico de educación superior en formación profesional y experiencia.

13.2.4.2. Para los empleos pertenecientes a los Distritos y Municipios de categorías: Cuarta quinta y sexta:

Mínimo: Terminación y aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y curso específico, mínimo de sesenta (60) horas relacionado con las funciones del cargo.

Máximo: Al fijar el requisito específico podrá optar por título de formación tecnológica y experiencia o terminación y aprobación del pènsun académico de educación superior en formación profesional y experiencia.

13.2.5. Nivel Asistencial

13.2.5.1. Para los empleos de los Departamentos, Distritos y Municipios de categorías: Especial, primera, segunda y tercera:

Mínimo: Terminación y aprobación de educación básica primaria.

Máximo: Diploma de bachiller en cualquier modalidad y experiencia.

13.2.5.2. Para los empleos pertenecientes a los distritos y municipios de categorías cuarta, quinta y sexta:

Mínimo: Terminación y aprobación de tres (3) años de educación básica primaria.

*Máximo: Diploma de bachiller en cualquier modalidad y experiencia".*

Del contenido de esta disposición se derivan varias conclusiones para el caso concreto:

- Los requisitos mínimos y máximos de estudio y experiencia fueron fijados por el legislador de conformidad con los niveles del cargo a ejercer y la categorización del municipio donde se fuere a realizar la labor.

- Para el cargo de Secretario de Despacho, el cual hace parte del nivel directivo,<sup>9</sup> en específico del municipio de Pereira (municipio de primera categoría) se exigen **como requisitos mínimos título profesional y experiencia; y, como requisitos máximos título profesional y título de postgrado y experiencia.**

- Lo pretendido por la norma en comento fue otorgar a las entidades territoriales de un margen de discrecionalidad, para escoger y exigir según su autonomía los requisitos que a bien tuviera para el ejercicio de los cargos señalados.

Por otra parte, el municipio de Pereira, mediante el artículo 4 del Decreto No. 583 de 2006<sup>10</sup> en desarrollo del artículo 13 del Decreto 785 de 2005 consagró que, los requisitos de estudio y experiencia exigidos para quienes ostenten el cargo de Secretario de Gobierno son:

*"ESTUDIOS: Título Profesional de Universidad*

*EXPERIENCIA: Experiencia profesional de seis (6) meses".*

Entonces, como se dijo en precedencia, el municipio de Pereira, dentro del margen de discreción otorgado por el Decreto 785 de 2005 para establecer los requisitos necesarios para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en dicho municipio, dispuso como tales: **i) título profesional universitario; y, ii) experiencia profesional de 6 meses.**

Así pues, tal como los mismos demandantes lo afirmaron, y de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, es más que evidente que el demandado cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por las normas transcritas.

Es decir, el señor Herrera Agudelo probó con suficiencia que:

- Es egresado de la Universidad La Gran Colombia, en la carrera de Ingeniería Agroindustrial, según se advierte del título universitario otorgado por esa Institución el 28 de mayo de 1999;<sup>11</sup> y,

- Laboró en el Instituto Municipal de Tránsito de Pereira desde el 4 de enero de 2008 al 15 de febrero de 2015

como Director General de la Entidad, según certificación otorgada por la Profesional Especializada de Talento Humano el 24 de febrero de 2015.<sup>12</sup>

Ahora bien, en razón a la apelación de los demandantes, la cual se basó en el análisis de idoneidad que debe realizar el Juez de lo Contencioso Administrativo respecto de la profesión de Ingeniería Agroindustrial acreditada por el demandado para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno en el municipio de Pereira, pues, tal como estos lo señalaron desde la interposición de la demanda, a pesar de que aquel cumple con los requisitos exigidos por la norma para esos efectos, dicha profesión no encuentra conexidad entre las funciones que se deben desempeñar en tan importante cargo con el perfil de esta carrera.

Advierte la Sala que el objeto de la acción de nulidad electoral<sup>13</sup> no está circunscrito a este tipo de debates, pues de conformidad con el artículo 139 del CPACA, que definió la pretensión de nulidad electoral, se refirió a *"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"; por las causales de nulidad establecidas para ello*<sup>14</sup>.

Y, tal como quedó demostrado en párrafos anteriores, al realizar un estudio de legalidad del acto que designó al demandado como Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, el señor James Andrés Herrera Agudelo cumple con los requisitos de estudio y experiencia exigidos por el Decreto Ley 785 de 2005 y el Decreto 583 de 2006 para ser nombrado en dicho cargo.

#### **2.4.2. Idoneidad del título profesional del demandado para ejercer el cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira**

Para la Sala es evidente que lo que los accionantes pretenden es controvertir la forma en que el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005 y el artículo 4 del Decreto No. 583 de 2006 consagraron los requisitos para ejercer el cargo en el que fue nombrado el demandado, pues no están de acuerdo en que para esos efectos se exija cualquier profesión, sino que por el contrario aquella debe estar relacionada directamente con las funciones a ejercer.

Según este razonamiento, es notorio que la acción electoral no está dispuesta para tales fines, *contrario sensu* y si el deseo de los demandantes es realizar un juicio de legalidad respecto de los actos que dispusieron los requisitos para ejercer cargos como en el que fue designado el señor Herrera Agudelo, el ordenamiento jurídico consagra para tales fines el medio de

9 Artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005.

10 *"Por medio del cual se expide el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales para la nueva planta de empleos del municipio de Pereira nivel central".*

11 Folio 12 del expediente.

12 Folio 52 del expediente.

13 Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 4 de diciembre de 2013. Radicación No.: 11001-03-28-000-2012-00049-00. Actor: Leonardo Puertas y otros. Demandado: Corporación Autónoma Regional de La Guajira.

14 Artículos 137 y 275 del CPACA.

control de simple nulidad, previsto en el artículo 137 del CPACA, así:

*“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. 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. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.*

*Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*

1. *Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
2. *Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
3. *Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
4. *Cuando la ley lo consagre expresamente.*

**Parágrafo.** *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.*

De esta manera, la finalidad del medio de control de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa

de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona.

Dentro de las características más sobresalientes de este medio de control, se encuentran, entre otras, que es pública, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad, la sentencia produce efectos retroactivos, y procede por regla general contra actos de contenido general y abstracto<sup>15</sup>.

Por lo anterior, si el deseo de los demandantes es debatir la forma en que el artículo 13 del Decreto Ley 785 de 2005 y el artículo 4º del Decreto No. 583 de 2006 dispusieron los requisitos para acceder al cargo de Secretario de Gobierno del municipio de Pereira, es menester que estos acudan a la Jurisdicción en uso del medio de control de simple nulidad, pues como se explicó, es esta acción la que se encuadra en la finalidad que aquellos pretenden.

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,

#### RESUELVE

Primero. Confirmase el fallo del 9 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Segundo. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Tercero. Declárase que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

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

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

**Alberto Yepes Barreiro**

<sup>15</sup> Sentencia C-199/97. Referencia: Expediente D-1471. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. M. P.: Hernando Herrera Vergara. 17 de abril de 1997.

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA - Quórum decisorio y las mayorías requeridas para designar Rector/QUÓRUM - Definición/QUÓRUM DELIBERATORIO - Faculta para que el órgano correspondiente pueda ejercer sus funciones/QUÓRUM DECISORIO - Se impone para que pueda asumir la toma de decisiones**

El quórum ha sido definido como el número mínimo de miembros que debe estar presente en una corporación, agrupación o asociación para que pueda deliberar o decidir. Es por ello que se habla de dos clases: quórum deliberatorio y quórum decisorio. El primero faculta para que el órgano correspondiente pueda ejercer sus funciones y el segundo se impone para que pueda asumir la toma de decisiones.

El quórum decisorio hace referencia al número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, es el mínimo de votos que por disposición constitucional, legal o reglamentaria se necesita para que una medida o decisión se entienda aprobada en un cuerpo colegiado, en donde, como su nombre lo indica, se debe dar juego a las mayorías y minorías para que, después de un proceso dialéctico, se llegue a una decisión colectiva a partir de las voluntades individuales que concurren en su construcción.

Los conceptos de quórum deliberatorio y quórum decisorio no son coincidentes, el primero de ellos hace referencia al número mínimo de asistentes para que un ente colegiado pueda válidamente desarrollar sus funciones o competencias, para que no las asuma con un número exiguo de las partes que lo componen, indispensable para el funcionamiento y organización de cualquier cuerpo colegiado y que, por ende, no presupone la regla de aprobación, que hace referencia a la votación mínima para que una determinada decisión o medida sea aprobada.

La falta o ausencia de quórum deliberatorio impide que la corporación, grupo o asociación pueda reunirse válidamente para cumplir sus tareas, mientras que el quórum decisorio incide frente a una decisión específica o propiamente dicha.

El quórum es, entonces, un elemento objetivo que parte del total de miembros que por disposición constitucional, legal o reglamentaria conforman un cuerpo colegiado, cuya definición está en la Constitución, en la ley o en la norma de constitución del respectivo órgano y que define el marco de sus competencias.

La naturaleza del quórum impide que este pueda ser objeto de interpretaciones, porque precisamente su carácter objetivo es el que determina cuándo puede sesionar y decidir en forma válida un órgano en el que la voluntad colectiva se construye a partir de la reunión de las voluntades individuales.

En otros términos, si no hay quórum no hay ninguna posibilidad de que el respectivo cuerpo se reúna para el cumplimiento de

sus funciones, y, en el evento en que lo haga, estas no tendrán validez, pues se requiere de un mínimo de asistentes.

Nota de Relatoría: Consejo de Estado. Sección quinta. C. P.: Alberto Yepes Barreiro. 11 de julio de 2013. Radicación No. 73001-23-31-000-2012-00162-01. Demandante: José Vicente González Villar. Demandado: Nestor Guarín Ramírez - Rector Conservatorio del Tolima. Electoral Segunda Instancia - Fallo

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIO MAYOR DEL CAUCA - Elección de Rector/CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Conformación al momento de la elección del Rector/RECTOR DEL COLEGIO MAYOR DEL CAUCA - Nulidad de la elección por falta de quórum decisorio**

En el presente caso, el demandante considera que el acto de elección acusado fue expedido de forma irregular, por cuanto la demandada fue elegida sin haber obtenido la totalidad de los votos requeridos estatutariamente para ello, pues obtuvo un total de 4 votos, cantidad que no es suficiente para colmar el requisito de voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto establecido en el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca. A su juicio, esta cantidad solo se puede satisfacer con un mínimo de 5 votos, correspondientes a la mitad más uno de los Consejeros, los cuales suman 9 en total, según el artículo 10 del Estatuto. La Sala anticipa que la sentencia apelada será confirmada por las razones que pasan a explicarse.

Para el efecto, se impone el análisis de si en la elección que hizo el Consejo Directivo del Rector del Colegio Mayor del Cauca, se observaron las reglas del quórum y mayoría que exige el reglamento interno.

El artículo 13 del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2008, "por el cual se expide el Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca" respecto del quórum dispone: "constituye quórum para deliberar, más de la mitad de los miembros acreditados ante el Consejo Directivo (...)".

Ahora bien, se tiene que el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca dispone que el Consejo Directivo está conformado por 10 miembros; sin embargo, no se considera al Rector para efectos de establecer el quórum, por cuanto este tiene voz pero no voto, en concordancia con el literal e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

Así, se requiere la mitad más uno de los 9 miembros facultados para decidir; es decir, se requieren 5 votos para que esta Corporación pueda reunirse válidamente para cumplir su función, en este caso, elegir al Rector.

En el caso de autos, se observa que asistieron 8 miembros del Consejo Directivo a la sesión en la que resultó elegida la demandada, de conformidad con el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014.

En efecto, sin la participación del Rector, por cuanto no tiene voto, y sin considerar la asistencia de uno de los miembros cuyo período, a juicio de los apelantes estaba vencido, se tiene que se encontraban presentes 6 miembros facultados para votar. En consecuencia, sí había quórum para decidir, el cual es de 5, conforme con el Estatuto de esa Institución educativa.

Ahora bien, respecto de las mayorías, esto es, el número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, el artículo 25 de los Estatutos del Colegio Mayor del Cauca dispone “El Rector será designado por el Consejo Directivo con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto”.

Entonces, es evidente que esta normativa tiene prevista taxativamente una mayoría decisoria calificada, esto es, que el Rector de la Institución debe ser elegido con la mayoría de votos de los integrantes de la Corporación Electoral, es decir, quien resulte escogido debe obtener la mitad más uno de los votos de todos los miembros de la respectiva Corporación nominadora por cuanto de esa forma se garantiza la confianza corporativa en la medida en que se logra conformar la voluntad mayoritaria, tomándose así una decisión efectivamente democrática.

De conformidad con el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca, el Consejo Directivo está compuesto por 10 miembros; pero como se dijo, el rector tiene voz pero no tiene voto; entonces, el candidato requería, a su favor, la mitad más uno de los votos de los 9 miembros con voz y voto, esto es, mínimo 5 votos para que la designación de la demandada fuera válida.

Se observa que en el proceso votaron 7 miembros del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, en el que el actor obtuvo 3 votos afirmativos y la demandada 4, de manera que ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría requerida para ser designado válidamente.

Entonces, es evidente que para el caso concreto, el acto administrativo que nombró a la señora Paola Andrea Umaña Aedo es irregular, como quiera que fue expedido sin la satisfacción de uno de los supuestos de legalidad necesarios del acto, en la medida en que se adoptó sin contar con la mayoría requerida para expedirlo. Lo anterior, como quiera que la elección se produjo con cuatro (4) votos, cuando el número total de integrantes del Consejo Superior del Colegio Mayor del Cauca está compuesto por nueve (9) miembros con voz y voto, y el hecho de que a 2 o 3 de ellos se les hubiera vencido su período o no hicieran parte de aquel, en manera alguna puede tomarse como una circunstancia que releva a la Corporación nominadora de expedir la decisión administrativa demandada por mayoría, es decir, con cinco (5) votos y no con cuatro (4).

En esa medida, resulta evidente que el acto administrativo demandado está viciado y por esa razón se confirmará la decisión del a quo de declarar la nulidad del Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 que designó a la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca y que se inicie

nuevamente el proceso de elección de dicho funcionario. Es por lo anterior, que resulta inane entrar a determinar la calidad en la que actuaron los Representantes de los egresados, de los ex rectores y del Presidente de la República.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-02

Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano

Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la demandada y de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca contra el fallo de 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, que declaró la nulidad del Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 por medio del cual se designó a la accionada como Rectora de esa institución.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Hechos y argumentos**

El Consejo Directivo de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca sesionó el 11 de diciembre de 2014, día en el que se realizó la votación y elección del Rector de esa Institución para el periodo 2014-2018.

En dicha sesión, la candidata Paola Andrea Umaña Aedo obtuvo el voto favorable de 4 miembros de este Consejo así:

- 1.- Guillermo Fernández Velasco (Representante del sector productivo).
- 2.- María del Carmen Ibarra (Representante de los docentes).
- 3.- Diana Nicholls (Representante de los estudiantes).
- 4.- Ricardo Riomalo Rivera (Representante de las directivas académicas)

Por su parte, el candidato Luis Guillermo Céspedes Solano obtuvo 3 votos:

- 1.- Jorge Hernán Franco Gallego (Representante de la Ministra de Educación).

2.- María Elena Mora Lugo (Representante de los egresados).

3.- Temístocles Ortega Narváez (Gobernador del departamento del Cauca).

Los votos obtenidos por la candidata Paola Andrea Umaña Aedo constituyen la mayoría de los asistentes, pero no la mayoría de los miembros del Consejo Directivo de la Institución, que son un total de 9 con derecho a voz y voto, de conformidad con el artículo 10 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca.

Para ser elegido Rector del Colegio Mayor del Cauca se requiere el voto de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo, es decir, 5 personas, en atención al artículo 25 del Estatuto General de la Institución, cantidad de votos que no obtuvo la demandada.

### 1.2. Pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, el demandante expuso entre otras, las siguientes pretensiones:

*"Primero: Se declare la nulidad del acuerdo No. 033 del 11 de Diciembre de 2014, "Por la cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018".*

*Segundo: Se declare la nulidad del acta de posesión del 11 de Diciembre de 2014, en la cual consta que la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.980.768 de Cali, se posesionó como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, para el periodo que inicia el 16 de Diciembre de 2014 y concluye el 15 de Diciembre de 2018.*

*Tercero: Se declare la nulidad de los puntos dos (2) y siguientes del acta No. 08 de Diciembre 11 de 2014 del Consejo Directivo, en la cual se eligió como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca a Paola Andrea Umaña Aedo con un total de 4 votos favorables.*

*Cuarto: Como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo, como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca (...).*

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

Las normas que a juicio del accionante resultaron vulneradas con la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, fueron los artículos 29, 40 numeral 6, 237 numeral 7 y 264 de la Constitución; 139, 164 y Título VIII de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011; 56 y 57 de la Ley 30 de 1992; Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2008; y, 10 y 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca.

El concepto de violación fue determinado de la siguiente manera:

El Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, establecimiento público del orden departamental, declaró elegida como Rectora de esa Institución a la Ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo, quien obtuvo tan solo 4 votos en la sesión de elección, cantidad inferior a la requerida, en consonancia con el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca, pues dicha norma prevé que para ser elegido en tal cargo se requiere el voto de la mayoría de los miembros, es decir, 5 votos como mínimo.

A su juicio, la anterior elección constituye causal de nulidad de conformidad con el numeral 4 del artículo 275 del CPACA que indica:

*"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:*

*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".*

Además, adujo el accionante que el acto acusado fue **expedido de manera irregular**, pues la demandada fue elegida sin haber obtenido la totalidad de los votos requeridos estatutariamente, lo que constituye causal de nulidad de conformidad con la norma precitada, que se refiere a la violación del sistema electoral correspondiente, el cual se ve transgredido cuando no se obtiene la mayoría requerida para ser declarada la elección.

Señaló que aunque en el presente caso la indebida conformación de las mayorías requeridas para elegir rector no proviene directamente de lo consagrado en la ley o la Constitución, sí es cierto que la Ley 30 de 1992 dispone que el carácter especial de las universidades estatales u oficiales comprende la organización y elección de directivas y les da libertad para reglamentar la materia (artículo 57). Asimismo, esta ley dispone que la designación, requisitos y calidades para ser rector serán reglamentadas en los respectivos estatutos (artículo 66).

Manifestó que la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca reglamentó la designación de su rector en el artículo 25 del Estatuto General, el cual dispone que aquel debe ser elegido por el voto de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo que tengan voz y voto, así:

*"Artículo 25. El Rector será designado por el Consejo Directivo con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto, para un periodo de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de su posesión ante el mismo Consejo y podrá ser reelegido".*

Por tanto, por el traslado de la competencia para regular la designación, requisitos y calidades del rector a cada una de las instituciones de educación superior, por remisión expresa de la Ley 30 de 1992, el que no se elija al rector con los requisitos estatutarios implica una violación del sistema electoral correspondiente.

Por otra parte, afirmó el accionante que el Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca dispone que el Consejo Directivo de esa Institución está integrado por 9 miembros con derecho a voz y voto,<sup>1</sup> así las cosas, como consta en el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, la candidata Paola Andrea Umaña Aedo obtuvo un total de 4 votos, contra 3 del señor Luis Guillermo Céspedes Solano, cantidad que no es suficiente para colmar el requisito de voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto establecida en el artículo 25 del Estatuto General.

Concluyó que la anterior exigencia solo se puede satisfacer, en el caso del Colegio Mayor del Cauca, con un mínimo de 5 votos correspondientes a la mitad más uno de los consejeros, los cuales suman 9 en total, según el artículo 10 de dicha normativa.

#### 1.4. Contestación de la demanda

##### 1.4.1. La señora Paola Andrea Umaña Aedo, actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y argumentó que por disposición estatutaria la elección del Rector del Colegio Mayor del Cauca exige una mayoría especial o absoluta, supuesto que

conllevaría a pensar en principio, que la elección fue irregular, pues el artículo 10 del mismo estatuto dispone que el Consejo Directivo se integra por 9 personas con voz y voto, por ende la elección solo sería válida si se obtienen 5 votos a favor de uno de los candidatos, lo cual no se presenta en el *sub judice* pues los miembros efectivos el día de su elección eran “6 o 7”, por lo tanto, el haber obtenido 4 votos a favor satisface la mayoría absoluta exigida en el artículo 25 Estatutario.

Para sustentar el número de miembros efectivos que hacían parte del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca en la fecha de la elección manifestó:

i) “*El periodo de la Representante de los egresados había expirado antes de la elección del 11 de diciembre de 2014*”. Adujo que el artículo 12 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca indica que “*el periodo de los miembros del Consejo Directivo, se contará desde la fecha de su elección (...)*”. Por ende, el representante de los egresados en el Consejo Directivo, esto es la señora María Elena Mora Lugo, tiene un periodo de 2 años de conformidad con lo señalado en el artículo 10 literal f) del mismo estatuto.

Ahora bien, el Secretario General del Colegio Mayor del Cauca por medio de certificación de 11 de febrero de 2015 señaló que “*según consta en las actas de apertura y cierre de escrutinio el día 15 de noviembre de 2012 fue elegida la señora María Helena Mora Lugo como representante de los egresados (60 votos a favor de un total de 105 sufragios), quien fuere elegida un (sic) periodo de dos años a partir de la elección de conformidad con lo señalado en el literal f del artículo 10 en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo No. 11 de 2008 Estatuto General del Colegio Mayor, plazo que expiró el día 15 de noviembre de 2014*”.

Afirmó que el artículo 1º de la Resolución No. 939 de 2012 “*Por la cual se reglamenta y convoca a elecciones del representante de los egresados ante el Consejo Directivo*”, señaló: “*convocar y reglamentar las elecciones del representante de los egresados ante el Consejo Directivo de la Institución Educativa Colegio Mayor del Cauca, por un periodo de 2 años a partir de la fecha de elección*”. (Subrayas de la Sala)

A su juicio, las anteriores normativas son claras al señalar que el periodo de la Representante de los egresados es de 2 años a partir de su elección, es decir, a partir del 15 de noviembre de 2012 hasta el 15 de noviembre de 2014, lo que se traduce en que para el día de la elección de la demandada, el periodo de la señora María Helena Mora había expirado, por tanto, la misma no tenía ni voz ni voto en el Consejo Directivo, lo cual se debe tener en cuenta a efectos de determinar la mayoría de miembros efectivos a la

1 Artículo 10. El Consejo Directivo es el máximo órgano de dirección y gobierno, tiene a su cargo la política general administrativa y financiera de la Institución y estará integrado por:

- El Gobernador del Departamento del Cauca o su delegado quien lo preside.
- El Ministro de Educación Nacional, o su delegado.
- Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector Universitario.
- Un representante de las Directivas Académicas, elegido democráticamente por las directivas académicas, para un periodo de dos (2) años. La representación se conserva por el tiempo estipulado siempre que se conserve la calidad de directivo académico en la institución. Se entiende por directivas académicas: El Vicerrector Académico y los Decanos.
- Un representante de los Profesores de la Institución, elegido para un periodo de dos (2) años en votación secreta, universal y directa por los profesores de la misma. La representación se conserva por el tiempo estipulado siempre que se mantenga la calidad de profesor de la institución.
- Un representante de los Egresados del Colegio Mayor del Cauca, elegido para un periodo de dos (2) años, en votación secreta, directa y universal por los egresados de la Institución.
- Un representante de los Estudiantes de los programas regulares que ofrece la Institución, elegido para un periodo de un dos (2) años en votación secreta, directa y universal por la comunidad estudiantil del Colegio Mayor del Cauca. La representación será por el tiempo estipulado siempre que se conserve la calidad de estudiante en la institución.
- Un representante del Sector Productivo elegido por los representantes legales de las organizaciones productivas regionales, para un periodo de dos (2) años.
- Un Ex-Rector universitario elegido en votación secreta por los rectores de la Institución domiciliados en el área de influencia de la misma, es elegido para un periodo de dos (2) años.
- El Rector de la Institución, con voz y sin voto”.

fecha de la elección.

ii) *"La señora Ruth Cepeda Vargas [representante de los ex rectores], no es miembro efectivo del Consejo Directivo de la Institución". Para el efecto adujo que el Secretario General del Colegio Mayor del Cauca certificó:*

*"De conformidad con los libros de actas y la información que consta en el archivo del Colegio Mayor del Cauca a 11 de diciembre de 2014 no se había realizado ninguna elección (votación secreta) para escoger representante de los ex rectores al Consejo Directivo como lo exige el literal i) del artículo 10 del Acuerdo No. 11 de 2008 Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca. Igualmente no se encuentra ningún acto administrativo que haya designado a la Doctora Ruth Cepeda Vargas como representante de los ex rectores al Consejo Directivo para el periodo estatutario de dos años señalado en el mismo Acuerdo.*

*Que de conformidad con las actas del Consejo Directivo se certifica que la señora Ruth Cepeda Vargas no ha asistido a ninguna sesión desde marzo de 2014, es decir, que a la fecha de iniciación del proceso para elegir rector (octubre de 2014) y basta la fecha de la misma no asiste al Consejo Directivo".*

Para la accionada es evidente que, de conformidad con lo certificado por la Universidad: i) no se ha elegido al Representante de los ex rectores, lo cual se debe realizar por votación secreta en consonancia con el literal i) del artículo 10 del Estatuto General; y, ii) no se ha expedido un acto administrativo que señale que la señora Ruth Cepeda es la representante de este sector, de hecho, no es un miembro efectivo, pues la misma no asiste a ninguna sesión desde marzo de 2014, es decir, que durante todo el proceso de elección no fue miembro activo del órgano colegiado.

Así pues, adicionalmente a las razones expuestas en el numeral anterior y en consideración a que la señora Ruth Cepeda no es miembro efectivo del Consejo Directivo pues no ha sido designada por acto administrativo ni por elección secreta como lo exige el literal i) del artículo 10 del Estatuto General, a su juicio, los miembros efectivos de este Consejo serían 7, habiendo obtenido la señora Umaña Aedo la mayoría requerida en el artículo 25.

iii) *"El Presidente de la República no ha designado a Mildred Jaramillo de Zambrano como representante en el Consejo Directivo". No se encuentra en el Diario Oficial ningún decreto o resolución expedido por el Presidente de la República que haya designado a la señora Mildred Jaramillo como su representante ante el Consejo Directivo de la Institución Educativa Colegio Mayor del Cauca.*

Para el efecto transcribió parte de la certificación expedida por el Secretario General de la Institución el 11 de febrero

de 2015 en la que se señaló: *"Finalmente se certifica que de conformidad con la información que consta en los archivos del Colegio Mayor, el Presidente Juan Manuel Santos Calderón posesionado desde el pasado 7 de agosto de 2014 no ha designado representante al Consejo Directivo del Colegio Mayor para el presente periodo presidencial".*

Por lo anterior, concluyó que en el presente asunto no se vulneraron las mayorías exigidas en el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca, pues como se expuso en precedencia, los miembros reales o efectivos del Consejo Directivo a 11 de diciembre de 2014 eran 6 *"o en el peor de los casos 7"*, por lo tanto, la votación obtenida por la señora Umaña Aedo satisface lo exigido en esta disposición.

1.4.2. La Institución Educativa Colegio Mayor del Cauca guardó silencio.

## 1.5. Fallo de primera instancia

En sentencia de 12 de junio de 2015 el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca.

Como fundamento de su decisión indicó que el artículo 10 de los Estatutos Generales del Colegio Mayor del Cauca dispone sobre la conformación del Consejo directivo de esa Institución. Según esta normativa, dicho Consejo está integrado por 10 miembros: 9 con voz y voto y 1 con voz pero sin voto, así:

- i) Gobernador del departamento del Cauca.
- ii) Ministro de Educación Nacional o su delegado.
- iii) Miembro designado por el Presidente de la República.
- iv) Representante de las directivas académicas.
- v) Representante de los profesores.
- vi) Representante de los egresados.
- vii) Representante de los estudiantes.
- viii) Representante del sector productivo.
- ix) Exrector.
- x) Rector. Con voz pero sin voto

De conformidad con lo anterior adujo el *a quo* que para la fecha de elección de la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca, los miembros del Consejo Directivo eran:

1. Temístocles Ortega Narváez: Gobernador del Cauca.

2. Jorge Hernán Franco Gallego: Representante de la Ministra de Educación.
3. Guillermo Fernández Velasco: Representante del sector productivo.
4. María del Carmen Ibarra: Representante de los docentes.
5. Diana Nicholls: Representante de los estudiantes.
6. Ricardo Riomalo Rivera: Representante de las directivas académicas.
7. Ruth Cepeda Vargas: ex rectora universitaria.

Adujo que las señoras Mildred Jaramillo de Zambrano, Representante del Presidente de la República, y María Elena Lugo Mora, Representante de los egresados, no hacían parte de dicho Consejo. Esto, toda vez que la señora Mildred Jaramillo indicó que, si bien actuó como Representante del Presidente de la República ante el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca en todo el proceso electoral, no existe acto administrativo por medio del cual el alto mandatario haya efectuado la correspondiente designación, por tanto, esta no hace parte de dicho Consejo en cuanto no está probada su designación.

En relación con la señora María Elena Mora, adujo que si bien fue elegida como Representante de los egresados mediante Resolución No. 993 del 16 de noviembre de 2012, su periodo feneció el 15 de noviembre de 2014, toda vez que su periodo de 2 años inició desde la fecha de su elección, de conformidad con el artículo 12 de los Estatutos. Es decir, que para la fecha en que fue elegida la señora Paola Umaña, el periodo de la Representante de los egresados ante el Consejo Directivo ya había culminado.

Señaló que si bien el Secretario General del Colegio Mayor del Cauca certificó que no existe acto de designación de la señora Ruth Cepeda Vargas como Representante de los ex rectores ante el Consejo Directivo y no se ha efectuado un proceso de votación para su elección, este mismo funcionario con posterioridad aclaró que la única ex rectora para la fecha de elección de la demandada era la señora Cepeda Vargas, quien pertenece a este Consejo desde el año 2004 hasta la fecha y no se ha declarado la vacancia de su cargo, por tanto, consideró que la señora Ruth Cepeda sí hacía parte de aquel para la fecha de la elección de la demandada.

Explicó que según el artículo 25 de los Estatutos del Colegio Mayor del Cauca, el Rector de esta Institución debe ser elegido por el Consejo Directivo *"con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto"*, norma de la que se infiere que para efectuar dicha elección se requiere una mayoría absoluta de los miembros del Consejo Directivo.

Expresó que, a efectos de determinar la mayoría exigida para la elección del rector, únicamente se deben tener en

consideración los miembros del Consejo Directivo con voz y voto, lo que deviene en que el candidato que se haya postulado a la Rectoría del Colegio Mayor del Cauca deberá contar con un mínimo de 5 votos favorables de los 9 miembros con derecho a votar en la elección.

Adujo que, si bien es cierto al momento de la elección de la demandada se encontraban vacantes 2 de los miembros del Consejo Directivo, como el Representante de los Egresados y del Presidente de la República, tal circunstancia en nada afecta la determinación de la mayoría exigida, pues esta no se fija con fundamento en el número de miembros activos sino con el número de Consejeros que lo integran.

Así las cosas, concluyó que al exigir los Estatutos Generales una mayoría absoluta de los miembros del Consejo Directivo para la elección del Rector del Colegio Mayor del Cauca, el cargo formulado en la demanda está llamado a prosperar, toda vez que la demandada obtuvo una votación favorable de tan solo 4 de sus integrantes, situación que desconoce la mayoría exigida para lograr tal designación, pues para ser elegida requería contar con al menos 5 votos a favor.

## 1.6. Recursos de apelación

### 1.6.1. La Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, mediante apoderado judicial, apeló el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Para el efecto argumentó que de los medios probatorios aportados al plenario se probó que el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca para la época de la elección de la demandada como Rectora de esa Institución estaba conformado por 7 miembros efectivos.

Señaló que, el *a quo* no se detuvo juiciosamente a establecer el sentido natural y obvio de las expresiones consignadas en el artículo 25 del Estatuto de la Institución, como lo indica el artículo 28 del Código Civil<sup>2</sup>, toda vez que esta norma hace referencia a miembros con voz y voto, no solo con la única intención de significar que en la votación no pueda participar el rector, sino que solo podrán ser considerados miembros con derecho a voz y voto aquellos que estén debidamente designados, delegados o electos con el lleno de las formalidades exigidas para cada caso, por ende, ante el vencimiento del periodo de uno de ellos o falta de designación, automáticamente cesa su competencia y por contera deja de ser miembros con plenos derechos.

Por lo anterior, considera que al no ser tenido en cuenta como miembro del Consejo Directivo, resulta desproporcionado e irracional contabilizarlo para efectos de determinar el quórum decisorio, como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-011 de 1994 al fijar reglas de interpretación

<sup>2</sup> Artículo 28. Significado de las palabras. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

a los operadores judiciales, quienes deben buscar el sentido razonable de las normas a una interpretación sistemática-finalística.

Así pues, si se aplica la interpretación sistemática - finalística de la norma, se infiere que lo pretendido por el artículo 25 del Estatuto Superior es establecer las reglas de la mayoría necesaria para elegir el Rector del Colegio Mayor del Cauca, la cual se obtiene de los votos de los miembros que puedan válidamente ejercer como tal (hablar y votar), por lo que resulta ajustado constitucionalmente elegir a la rectora con un total de 4 votos válidos de 7.

Manifestó que la interpretación gramatical y exégeta del artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca sostenida en la demanda y avalada por el Tribunal conduciría a modificar el sistema de elección del Rector de la Institución, pasando de la mayoría absoluta a una "mayoría cualificada".

Concluyó que es claro que la elección de la accionada estuvo ajustada a la mayoría requerida por el artículo 25 de los Estatutos de la Universidad al haberse cumplido el principio de la confianza corporativa de las mayorías decisorias para la época de la elección, por lo que a su juicio se debe revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente solicitó que en caso de confirmarse la sentencia apelada se ordene rehacer la votación con la terna válidamente conformada durante el proceso de elección rectoral 2014-2018 "para efectos de que algo (sic) de los aspirantes de dicha terna obtenga el voto favorable de que trata el artículo 25 del Estatuto Superior".

- 1.6.2. La demandada, mediante apoderado judicial, expresó que pese a que el Tribunal admitió que el día de la elección de Rector del Colegio Mayor del Cauca los miembros efectivos de aquel eran 7, insistió en considerar que la elección fue irregular, pues en su criterio se debían obtener 5 votos favorables, teniendo en cuenta que el Consejo debía estar integrado por 9, así el día de la elección solo hubieran 7 activos, posición que desconoce lo adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T-1308 de 2005 en la que se decidió un caso similar al discutido en el *sub lite*.

Adujo que, de conformidad con ese fallo, si se tienen en cuenta los 7 miembros efectivos al día de la elección, la votación a favor de la demandada hace legítima su elección, pues no se podría tener en cuenta para efectos de calcular el quórum decisorio necesario para elegir rector, curules vacantes.

## 1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

- 1.7.1. El actor reiteró lo expuesto en la demanda y adicionó que el acto administrativo que designó como Representante de los egresados a la

señora María Mora establece que su periodo como miembro del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca se empieza a contar a partir del momento de su posesión (11 de diciembre de 2012) y no de su elección, acto administrativo de carácter particular que goza de presunción de legalidad.

Por otra parte, manifestó que fue probado dentro del proceso que la señora Ruth Cepeda era la única ex rectora del Colegio Mayor del Cauca para la fecha en que se realizó la elección, es decir, que a la fecha de las elecciones contaba con la legitimidad para ocupar tal lugar en el Consejo Directivo de la Institución. Así pues, el hecho de que no aparezca acto administrativo alguno en los archivos de la entidad demandada, sobre su nombramiento y posesión no implica que ella no ejerciera legítimamente tal representación, pues su nombre aparecía en actas como representante en ejercicio, lo cual es un indicio de la existencia de un acto administrativo y de que tal condición se desempeñaba con pleno arreglo a las condiciones normativas y reglamentarias.

Respecto de la señora Mildred Jaramillo, Representante del Presidente de la República ante el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, adujo que de ninguna norma se deriva la obligación del Presidente de nombrar representantes para cada periodo presidencial, sino que como en el presente caso ha ocurrido, la misma puede continuar con su actividad a través de los distintos periodos presidenciales. Señaló que el extravío del acto administrativo puede ser explicado por la antigüedad de la designación de la Representante.

Para el efecto, adujo que la Presidencia de la República no manifestó que la señora Mildred no sea la Representante del Presidente, sino que se restringe a manifestar que no se encontró el acto administrativo que designara a la mencionada señora como tal.

Afirmó que en aplicación de la carga dinámica de la prueba, la condición en que Ruth Cepeda como Representante de los ex rectores y Mildred Jaramillo como Representante del Presidente de la República ante el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, es un asunto que debió ser probado por la entidad demandada, quien se encontraba en una posición más favorable que el demandante para acceder a los medios de prueba.

Concluyó que el voto depositado por Lady Diana Nicholls proviene de una representación defectuosa y por lo tanto no puede contabilizarse, pues de conformidad con lo certificado por el Secretario General del Colegio Mayor del Cauca el 7 de mayo de

2015, no se encontró su acta de posesión y por lo tanto no hay documento alguno que legitime la toma en propiedad de la representación en comento, haciendo que no sean 4 los votos favorables para Paola Umaña sino tan solo 3 incumpliendo de manera más gravosa y evidente las mayorías estatutarias requeridas para elegir rector.

- 1.7.2. La demandada y la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca guardaron silencio.

### 1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado indicó que no les asiste razón a los apelantes al señalar que la elección acusada debe permanecer incólume, pues lo cierto es que la demandada solamente obtuvo 4 votos de los 5 requeridos para la declaratoria de su elección como Rectora del Colegio Mayor del Cauca.

En efecto, adujo que el hecho de que a la fecha de la elección de la Rectora del Colegio Mayor del Cauca faltare designar a la Representante de los egresados ante el Consejo Superior o que el Presidente de la República no hubiere designado su Representante, no puede ser razón para considerar que la mayoría requerida para su designación debe ser simple, esto es, la mitad más uno de los asistentes, pues, el artículo 25 de los Estatutos de ese ente universitario indica que el Rector será designado por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto, es decir, la mayoría de los 9 miembros, excluido el Rector.

Afirmó que, no es cierto que el fallo apelado vulnera lo estipulado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1308 de 2005, pues aquel no desconoce la regla de la mayoría absoluta en la designación del Rector de la Universidad de Cundinamarca, contrario a ello la justifica; lo que acontece es que, en ese caso, dicha regla no podía aplicarse por encontrarse en una circunstancia especial, referente a que dos de los integrantes del Consejo Directivo de esa Universidad se encontraban acéfalos por cuanto el proceso de designación de dichos integrantes no se había reglamentado, por lo que era imposible obligar al actor a que fuera elegido por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo cuando dos de aquellos no habían sido designados por carecer de reglas para su elección.

Cosa distinta ocurre en el *sub lite* donde todos los miembros del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca tienen debidamente reglamentado su proceso de designación y el hecho de que existan vacantes no obedece a que no se haya fijado dicho procedimiento.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandada y de la Institución Universitaria

Colegio Mayor del Cauca contra el fallo del 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, está fijada en los artículos 150 y 152-9 del CPACA; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

### 2.2. Acto demandado

Se trata del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014 “Por la cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018” (Fl. 185 del expediente).

### 2.3. Cuestión preliminar

Como se puso de presente en los antecedentes de esta providencia los cargos de legalidad que se formularon en contra del acto acusado se centran en la causal 4ª del artículo 275 del CPACA, y en su expedición irregular, pues la demandada fue elegida sin haber obtenido la totalidad de los votos requeridos estatutariamente.

Sobre la causal de nulidad del numeral 4º del artículo 275 del CPACA, relativa a que “*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*”, esta Sala advierte que allí se conjugan el sistema de representación proporcional y el sistema de mayorías.

Lo anterior hace referencia a la forma o al método constitucional o legalmente previsto para asignar o distribuir **las curules o cargos** en las corporaciones públicas de elección popular (curules) y en los demás cuerpos colegiados que no se integran por el voto popular sino en virtud de la elección o designación que se hace por ciertas autoridades públicas o fuerzas vivas de la sociedad o institucionalidad (cargos), como sería el caso del Consejo Nacional Electoral<sup>3</sup>.

Es por lo anterior que no puede considerarse que cuando el numeral 4º del artículo 275 en cita se refiere a los “*cargos por proveer*”, aquello tenga aplicación a cargos unipersonales, como en el caso concreto al Rector del Colegio Mayor del Cauca, ya que la causal parte de la base de que hay más de un cargo o curul por proveer.

En esa medida, bajo las precisas circunstancias de los cargos de nulidad que se formularon contra el Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 por medio del cual se designó a la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca, la mencionada causal de nulidad no es aplicable, y en ese sentido, esta Sala se centrará en determinar si aquel fue expedido de forma irregular.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. (e): Alberto Yepes Barreiro. 12 de diciembre de 2014. Radicación Número: 11001-03-28-000-2014-00087-00. Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño. Demandados: Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras. Electoral – Súplica.

## 2.4. El objeto de la impugnación

Los apoderados de la demandada y de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca impugnaron la decisión del Tribunal respecto de dos aspectos, así:

- Para la época de la elección de la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca, el Consejo Directivo de esa Institución estaba conformado por "6 o 7" miembros efectivos, toda vez que: i) el periodo de la Representante de los egresados había expirado antes de la elección; ii) la Representante de los ex rectores no es miembro efectivo de ese Consejo; y, iii) el Presidente de la República no designó a Mildred Jaramillo de Zambrano como su Representante ante el Consejo Directivo, por lo que resulta ajustado elegir a la Rectora con un total de 4 votos válidos de 7, de conformidad con el artículo 25 de los Estatutos de la Institución.

- El artículo 25 Estatutario hace referencia a miembros con voz y voto, no solo con la única intención de significar que en la votación no pueda participar el Rector de la Institución, sino que solo podrán ser considerados miembros con este derecho, aquellos que estén debidamente designados, delegados o electos con el lleno de las formalidades exigidas para cada caso, por ende, ante el vencimiento del periodo de uno de ellos o falta de designación, automáticamente cesa su competencia y por contera deja de ser miembro con derecho a voz y voto.

- Establecer lo contrario desconocería lo adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1308 de 2005 donde se decidió un caso similar al discutido en el *sub lite*.

Ahora bien, advierte la Sala que no corresponde a esta instancia pronunciarse respecto de los argumentos planteados por el demandante en los alegatos de conclusión relativos a que el voto depositado por Lady Diana Nicholls, Representante de los estudiantes, proviene de una representación defectuosa pues no se encontró su acta de posesión, por ende no hay documento alguno que legitime la toma en propiedad de su representación, haciendo que no sean 4 los votos favorables para Paola Umaña sino tan solo 3, incumpliendo de manera más gravosa y evidente las mayorías estatutarias requeridas para elegir rector.

Lo anterior, toda vez que son argumentos nuevos, es decir, que no fueron planteados en la demanda, por este motivo, realizar un pronunciamiento en esta etapa procesal constituiría una flagrante violación al derecho al debido proceso de la parte accionada, quien no conoció de dichas manifestaciones desde la presentación de la demanda, sino, como se dijo, al momento de presentar las alegaciones finales<sup>4</sup>.

En conclusión, se relevará esta Sala de realizar pronunciamiento alguno respecto del tema indicado en precedencia.

## 2.5. Análisis del asunto de fondo

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, y por efectos metodológicos, la Sala en primer lugar, analizará el quórum decisorio y las mayorías requeridas para designar Rector en las Instituciones Universitarias; posteriormente, y de conformidad con el anterior análisis, determinará si la demandada cumplió con la mayoría exigida en el Estatuto del Colegio Mayor del Cauca para ser elegida como Rectora de dicha Institución.

## 2.6. Del Quórum decisorio y las mayorías requeridas para designar Rector en las Instituciones Universitarias

El *quórum* ha sido definido como el número mínimo de miembros que debe estar presente en una corporación, agrupación o asociación para que pueda *deliberar* o *decidir*. Es por ello que se habla de dos clases: *quórum deliberatorio* y *quórum decisorio*. El primero faculta para que el órgano correspondiente pueda ejercer sus funciones y el segundo se impone para que pueda asumir la toma de decisiones.

El quórum decisorio hace referencia al número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, es el mínimo de votos que por disposición constitucional, legal o reglamentaria se necesita para que una medida o decisión se entienda aprobada en un cuerpo colegiado, en donde, como su nombre lo indica, se debe dar juego a las mayorías y minorías para que, después de un proceso dialéctico, se llegue a una decisión colectiva a partir de las voluntades individuales que concurren en su construcción.

Los conceptos de *quórum deliberatorio* y *quórum decisorio* no son coincidentes, el primero de ellos hace referencia al número mínimo de asistentes para que un ente colegiado pueda válidamente desarrollar sus funciones o competencias, para que no las asuma con un número exiguo de las partes que lo componen, indispensable para el funcionamiento y organización de cualquier cuerpo colegiado y que, por ende, no presupone la regla de aprobación, que hace referencia a la votación mínima para que una determinada decisión o medida sea aprobada.

La falta o ausencia de *quórum deliberatorio* impide que la corporación, grupo o asociación pueda reunirse válidamente para cumplir sus tareas, mientras que el *quórum decisorio* incide frente a una decisión específica o propiamente dicha.

El quórum es, entonces, un **elemento objetivo** que parte del total de miembros que por disposición constitucional, legal o reglamentaria conforman un cuerpo colegiado, cuya definición está en la Constitución, en la ley o en la norma de

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. Susana Buitrago Valencia. 10 de abril de 2014. Radicación No.: 08001-23-31-000-2011-01474-01. Actor: William Enrique Romero Navarro y otro. Demandado: Concejales del municipio de Malambo.

constitución del respectivo órgano y que define el marco de sus competencias. La naturaleza del quórum impide que este *pueda ser objeto de interpretaciones*, porque precisamente su carácter objetivo es el que determina cuándo puede sesionar y decidir en forma válida un órgano en el que la voluntad colectiva se construye a partir de la reunión de las voluntades individuales.

En otros términos, si no hay quórum no hay ninguna posibilidad de que el respectivo cuerpo se reúna para el cumplimiento de sus funciones, y, en el evento en que lo haga, estas no tendrán validez, pues se requiere de un mínimo de asistentes<sup>5</sup>.

## 2.7. Caso concreto

En el presente caso, el demandante considera que el acto de elección acusado fue expedido de forma irregular, por cuanto la demandada fue elegida sin haber obtenido la totalidad de los votos requeridos estatutariamente para ello, pues obtuvo un total de 4 votos, cantidad que no es suficiente para colmar el requisito de voto favorable de la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto establecido en el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca.

A su juicio, esta cantidad solo se puede satisfacer con un mínimo de 5 votos, correspondientes a la mitad más uno de los Consejeros, los cuales suman 9 en total, según el artículo 10 del Estatuto.

Por su parte, la demandada señaló que los miembros efectivos del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca para la fecha de su elección, esto es, 11 de diciembre de 2014 eran “6 o 7”, por lo tanto, el haber obtenido 4 votos a su favor satisface la mayoría absoluta exigida en el artículo 25 Estatutario.

Para el efecto indicó que el periodo de la Representante de los egresados había expirado antes de su elección; la Representante de los ex rectores, no es miembro efectivo de este Consejo; y, el Presidente de la República no designó a Mildred Jaramillo de Zambrano como su Representante en el Consejo Directivo.

Hecha la anterior aclaración, la Sala anticipa que la sentencia apelada será confirmada por las razones que pasan a explicarse. Para el efecto, se impone el análisis de si en la elección que hizo el Consejo Directivo del Rector del Colegio Mayor del Cauca, se observaron las reglas del quórum y mayoría que exige el reglamento interno.

El artículo 13 del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2008 “*Por el cual se expide el Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca*” respecto del quórum dispone: “*constituye quórum para deliberar, más de la mitad de los miembros acreditados ante el Consejo Directivo (...)*”.

5 Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P. Alberto Yepes Barreiro. 11 de julio de 2013. Radicación No. 73001-23-31-000-2012-00162-01. Demandante: José Vicente González Villar. Demandado: Nestor Guarín Ramírez – Rector Conservatorio del Tolima. Electoral Segunda Instancia – Fallo

Ahora bien, se tiene que el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca dispone que el Consejo Directivo está conformado por 10 miembros; sin embargo, no se considera al Rector para efectos de establecer el quórum, por cuanto este tiene voz pero no voto, en concordancia con el literal e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

Así, se requiere la mitad más uno de los 9 miembros facultados para decidir; es decir, se requieren 5 votos para que esta Corporación pueda reunirse válidamente para cumplir su función, en este caso, elegir al Rector.

En el caso de autos, se observa que asistieron 8 miembros del Consejo Directivo a la sesión en la que resultó elegida la demandada, de conformidad con el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, visible a folio 175 del expediente.

En efecto, sin la participación del Rector, por cuanto no tiene voto, y sin considerar la asistencia de uno de los miembros cuyo período, a juicio de los apelantes estaba vencido, se tiene que se encontraban presentes 6 miembros facultados para votar. En consecuencia, sí había quórum para decidir, el cual es de 5, conforme con el Estatuto de esa Institución educativa.

Ahora bien, respecto de las *mayorías*, esto es, el número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, el artículo 25 de los Estatutos del Colegio Mayor del Cauca dispone “*El Rector será designado por el Consejo Directivo con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto*”.

Entonces, es evidente que esta normativa tiene prevista taxativamente una mayoría decisoria calificada, esto es, que el Rector de la Institución debe ser elegido **con la mayoría de votos de los integrantes de la Corporación Electoral**, es decir, quien resulte escogido debe obtener **la mitad más uno de los votos de todos los miembros de la respectiva Corporación nominadora** por cuanto de esa forma se garantiza la confianza corporativa en la medida en que se logra conformar la voluntad mayoritaria, tomándose así una decisión efectivamente democrática.<sup>6</sup>

Es preciso tener en cuenta que la garantía de la transparencia electoral exige el cumplimiento estricto del régimen legal sobre el cual se edifica todo proceso electoral y de su respeto depende en gran medida la salvaguarda de las Instituciones democráticas. Y el mismo, se aplica a toda clase de elecciones, incluyendo las que se realizan en el interior de los entes universitarios autónomos.

En consecuencia, no le asiste razón a los apelantes al afirmar que como a la fecha de elección de la demandada, el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca se encontraba integrado solo por “6 o 7” miembros efectivos, y por tanto solo pueden ser considerados miembros con derecho a voz y voto aquellos que estén debidamente designados, delegados o electos con el lleno de las formalidades exigidas para cada caso.

6 Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0016-01(3115-3116).

En efecto, tal como lo manifestó la Vista Fiscal en su concepto, el hecho de que a la fecha de la elección de la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca faltare por designar a la Representante de los egresados ante el Consejo Superior o del Presidente de la República, no puede ser razón para considerar que la mayoría requerida para su designación debe ser simple, esto es, la mitad más uno de los asistentes, pues, el artículo 25 de los Estatutos de esa Institución es claro al indicar que el Rector será designado por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto, para este caso, la mayoría de los 9 miembros, excluido el Rector.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca, el Consejo Directivo está compuesto por 10 miembros; pero como se dijo, el rector tiene voz pero no tiene voto; entonces, **el candidato requería, a su favor, la mitad más uno de los votos de los 9 miembros con voz y voto, esto es, mínimo 5 votos para que la designación de la demandada fuera válida.**

Entonces, en el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014 (fl. 175), se advierte que las votaciones se desarrollaron así:

“ (...)”

	<i>Miembro</i>	<i>Vota</i>	<i>Candidato</i>
1.	<i>Guillermo Fernández Velasco (Representante del sector productivo)</i>		<i>Paola Andrea Umaña Aedo</i>
2.	<i>Jorge Hernán Franco Gallego (Delegado de la Ministra de Educación)</i>		<i>Luis Guillermo Céspedes</i>
3.	<i>María del Carmen Ibarra (Representante de los Docentes)</i>		<i>Paola Andrea Umaña Aedo</i>
4.	<i>María Elena Mora Lugo (Representante de los Egresados)</i>		<i>Luis Guillermo Céspedes</i>
5.	<i>Diana Nicholls (Representante de los Estudiantes)</i>		<i>Paola Andrea Umaña Aedo</i>
6.	<i>Temístocles Ortega Narváez (Gobernador del departamento del Cauca)</i>		<i>Luis Guillermo Céspedes</i>
7.	<i>Ricardo Riomalo Rivera (Representante de las Directivas Académicas)</i>		<i>Paola Andrea Umaña Aedo</i>
8.	<i>Mildred Jaramillo Zambrano (Representante del Presidente de la República)</i>	<i>No asistió</i>	
9.	<i>Ruth Cepeda Vargas (Representante de los Ex Rectores)</i>	<i>No asistió</i>	

“ (...)”

Se observa que en el proceso votaron 7 miembros del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, en el que el actor obtuvo 3 votos afirmativos y la demandada 4, de manera que ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría requerida para ser designado válidamente.

Entonces, es evidente que para el caso concreto, el acto administrativo que nombró a la señora Paola Andrea Umaña Aedo es irregular, como quiera que fue expedido sin la satisfacción de uno de los supuestos de legalidad necesarios del acto, en la medida en que se adoptó sin contar con la mayoría requerida para expedirlo.

Lo anterior, como quiera que la elección se produjo con cuatro (4) votos, cuando el número total de integrantes del Consejo Superior del Colegio Mayor del Cauca está compuesto por nueve (9) miembros con voz y voto, y el hecho de que a 2 o 3 de ellos se les hubiera vencido su periodo o no hicieran

parte de aquel, en manera alguna puede tomarse como una circunstancia que releva a la Corporación nominadora de expedir la decisión administrativa demandada por mayoría, es decir, con cinco (5) votos y no con cuatro (4).

En esa medida, resulta evidente que el acto administrativo demandado está viciado y por esa razón se confirmará la decisión del *a quo* de declarar la nulidad del Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 que designó a la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca y que se inicie nuevamente el proceso de elección de dicho funcionario.

Esto, pues se insiste que la mayoría requerida para que las decisiones en este ente universitario sean válidas, es de la mitad más uno de los votos afirmativos de **los miembros de la respectiva corporación nominadora**, en aras de garantizar la confianza en la efectividad de las decisiones democráticas.

No debe olvidarse que el sistema electoral colombiano dispone que el nombramiento de un funcionario o la elección de los representantes

democráticos debe basarse en el principio de las mayorías, por lo que nunca puede resultar elegido un candidato que obtiene menor votación que otros ni aquel que obtiene la misma votación que otro<sup>7</sup>. Por ello, el principio general que inspira al sistema democrático es el que las decisiones de las corporaciones públicas sean adoptadas por mayoría.<sup>8</sup>

Es por lo anterior, que resulta inane entrar a determinar la calidad en la que actuaron los Representantes de los egresados, de los ex rectores y del Presidente de la República.

## 2.8. Consideración adicional

Finalmente advierte la Sala que no le asiste razón a la demandada al indicar que al confirmarse el fallo de primera instancia se iría en contravía de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-1308 de 2005<sup>9</sup>, en la que se decidió un caso similar al planteado en el sub judice.

En el caso de la referencia, la Corte Constitucional concedió al amparo de los derechos fundamentales del demandante, quien consideró que si bien el artículo 9 del Acuerdo No. 010 de 2002 (Estatuto General de la Universidad), dispuso que el Consejo Superior de la Universidad de Cundinamarca se compone de nueve (9) miembros y que el artículo 6° del Acuerdo No. 005 de 2004 *“Por medio de la cual se reglamenta la designación del rector de la universidad de Cundinamarca”*, señala que la elección del rector se hará por *“la mayoría absoluta”* de ellos; en su opinión, dicho organismo tan solo se integraba de siete (7) miembros, *pues los representantes de los ex-rectores y del sector productivo no habían sido nombrados y posesionados por falta de reglamentación*, generando como consecuencia que la mayoría electoral se establezca a partir de tan solo cuatro (4) votos.

En esa oportunidad, estableció esa Corporación que *“desde el inicio mismo del proceso de elección del rector de la Universidad de Cundinamarca, esto es, el 29 de abril de 2004, el Consejo Superior ha contado con tan solo siete (7) representantes de los nueve (9) miembros a que hace referencia el artículo 9 del Acuerdo No. 010 de 2002 (Estatuto General de la Universidad), pues no se ha reglamentado la forma en que se deben elegir y designar los representantes del sector productivo y de los ex-rectores. Así consta en las certificaciones del 8 de noviembre de 2004 y 7 de enero de 2005 del Secretario General del citado Consejo Superior”*.

Por lo tanto, concluyó que, dadas las especiales circunstancias que sobre quórum y mayorías se presentaron en ese caso, el amparo tutelar era procedente.

Así las cosas, es evidente para la Sala que los supuestos de hecho del pronunciamiento a que hace referencia la accionada no coinciden con los planteados en el caso de la referencia, puesto

7 Sentencia del 24 de agosto de 2001. Exp. 2470.

8 Sentencia del 18 de marzo de 2004. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0017-01(3117)

9 Referencia: expediente T-1048531. Peticionario: Adolfo Miguel Polo Solano. Demandado: Universidad de Cundinamarca. M. P.: doctor Rodrigo Escobar Gil. 12 de diciembre de 2005.

10 Según consta en el Acuerdo No. 005 *“por medio del cual se reglamenta la designación del Rector de la Universidad de Cundinamarca”*.

que en aquella ocasión, para el proceso de elección del Rector de la Universidad de Cundinamarca, el Consejo Superior de esa Institución tan solo contaba con 7 representantes de los nueve 9 miembros a que hacía referencia el artículo 9° del Acuerdo No. 010 de 2002, pues no se había reglamentado la forma en que debían elegirse y designarse los representantes del sector productivo y de los exrectores.

Situación diferente a la que sucede en el proceso de la referencia, en donde se tienen reglas claras para la elección de los miembros que a juicio de la apelante no integran el Consejo Directivo de la Universidad.

Advierte la Sala que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica juegan un papel importante, que adquieren trascendencia en la vida misma de la organización estatal, lo cual 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 consecuencia.

Al respecto, en sentencia de esta Corporación de 1° de abril de 199711, se afirmó que la seguridad jurídica *“no es sino certeza de que la regulación normativa se cumplirá a todo trance, es reflejo del orden en las situaciones individuales el cual hace que el sujeto sepa a qué atenerse en el ámbito de sus relaciones”*.

Por tanto, en desarrollo de los principios mencionados en precedencia, es imperativo que el Colegio Mayor del Cauca siguiera estrictamente las reglas previamente definidas por sus Estatutos en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

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,

## RESUELVE

Primero. **Confirmase** el fallo de 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Segundo. **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Tercero. Declárase que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

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

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Aclaración de Voto

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

**Alberto Yepes Barreiro**

11 C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación S-654, Actor: Luis Eduardo Osorio Ayala.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Es el encargado de garantizar y propender por la debida conformación, elección y/o designación de los representantes/CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Conformación al momento de la elección del Rector/CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - la omisión de las funciones a cargo puede ser objeto de investigación y sanción disciplinaria**

A mi juicio, la teleología de los derechos políticos dentro de los cuales emerge en forma principal el derecho a elegir y a ser elegido no solo se materializa en el derecho-deber democrático de depositar el voto para quienes eligen o de postularse y cumplir todos los requisitos legales, constitucionales, reglamentarios y formales, para quienes buscan ser elegidos. Y no se agota en esos dos actuantes, porque el bloque de constitucionalidad y el de legalidad contienen por regla general un sinnúmero de manifestaciones concretas, materializadas y palpables, sobre todo en cuanto a derechos fundamentales se refiere, dentro de los cuales se incluyen los derechos políticos.

En otras palabras, el espectro de alcance de esos derechos desde el punto de vista de actuaciones y conductas, es mucho más amplio que el solo ejercicio del derecho a depositar en una urna su opción política de preferencia del elector (manifestación activa) o que el ejercicio del derecho de postulación (manifestación pasiva), pues trasciende a aspectos que en caso de omitirse vulneran esta clase de derechos y emergen como violatorios del principio de legalidad, como acontece cuando las autoridades y/o funcionarios legalmente encargados de garantizar el debido ejercicio del derecho a elegir y a ser elegido, omiten la conformación efectiva y eficaz de los entes que se les ha asignado, al mejor ejemplo de una democracia indirecta, como acontece cuando la elección se soporta en el voto de representantes de sectores, niveles o estamentos que deben confluir con otras voluntades para elegir a otros, como sucede en el caso de los entes universitarios, en donde el Rector se elige a partir de varios Representantes de cada sector que conforman el Consejo Directivo, quienes a su vez debieron también y en forma antelada pasar por el crisol de la elección de su sector o de la designación por parte de otro funcionario de mayor rango.

Lo cierto es que si los funcionarios encargados de garantizar y propender por la debida conformación, elección y/o designación de los representantes de determinados sectores han omitido ese deber incurrir en conductas que eventualmente pueden ser objeto de investigación y sanción disciplinaria ante la omisión de las funciones a cargo, por cuanto los principios constitucionales y legales imponen un ambiente de igualdad y de justicia en pro del ejercicio democrático a través de la representación indirecta en el ejercicio del voto para elegir a su máximo director, investidura que recae en el Rector del ente universitario, el cual se ve desdibujado si el órgano colegiado encargado de elegir está incompleto por la negligencia de quienes deben conformarlo, según las voces de la normativa superior.

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para soportar mi discrepancia en cuanto a que el fallo no adoptó medidas eficaces tendientes a solucionar el estado actual de irregularidad al interior del Consejo Directivo de la institución universitaria, situación que de mantenerse generará en forma reiterada que la elección del Rector quede en entredicho ante la comunidad académica y ante la comunidad jurídica.

Aclaración de Voto

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., seis (6) de octubre de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue anulada la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca.

De entrada advierto que mi escrito aclaratorio no se relaciona con el sentido en que fue dictada la decisión señalada por la Sala el pasado 23 de septiembre de 2015, pues la comparto plenamente, sino con un aspecto que considero debió analizar, considerar y decidir el fallo en cuanto era necesario impartir órdenes de requerir o conminar a las directivas o de compulsar copias para investigación disciplinaria contra aquellas y demás funcionarios que han omitido el cumplimiento del deber de elegir o designar, conforme a sus competencia, a los representantes de los sectores, cuya voluntad de representación, es la que confluente con otras en aras de elegir el Rector de la institución universitaria.

En efecto, del acervo probatorio, se probó que dentro de los Miembros del Consejo Directivo de la institución Colegio Mayor del Cauca, que son los llamados a elegir al Rector, el estado actual de las cosas no es el acorde a la normativa superior ni a los Estatutos. Así por ejemplo, el miembro designado por el Presidente de la República no ha sido provisto, pues si bien en las actas del Consejo Directivo se relata sobre la presencia de la señora Mildred Jaramillo de Zambrano como designada del Primer Mandatario, lo cierto es que la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, en sendos escritos obrantes a fls. 295 del cuaderno 1; 207, 235 a 236 del cuaderno de pruebas, certificó en forma expresa que el doctor Juan Manuel Santos Calderón no ha designado su representante ante el Colegio Mayor del Cauca.

Por otra parte, la Representante de los Egresados quien votó en la elección para Rector, fue María Elena Mora Lugo, pero conforme a las pruebas, ella terminó su periodo bianual el 15 de noviembre de 2014 y la elección fue el 11 de diciembre de esa misma anualidad, y recuérdese que el Estatuto General contenido en el Acuerdo 11 de 2008, es claro en consagrar en el artículo 12, que el periodo de los miembros del Consejo Directivo, se cuenta desde la fecha de su elección y la señora Mora Lugo fue elegida el 16 de noviembre de 2012, conforme

consta en la Resolución 993 de 16 de noviembre de 2012 (fls. 225 a 226 c.1), así que en estricto rigor jurídico y en una consideración *a priori*, no podía votar debido al vencimiento de su período como Representante de ese sector.

Finalmente, la Representante de los ex - Rectores, doctora Ruth Céspedes Vargas, según da cuenta la certificación del Secretario General de la institución, no asiste desde marzo de 2014 por problemas de salud (fl. 295 c.1) sin que se haya adoptado solución alguna, en aras de propender por la integración completa de dicho Consejo Directivo.

A mi juicio, la teleología de los derechos políticos dentro de los cuales emerge en forma principal el derecho a elegir y a ser elegido no solo se materializa en el derecho-deber democrático de depositar el voto para quienes eligen o de postularse y cumplir todos los requisitos legales, constitucionales, reglamentarios y formales, para quienes buscan ser elegidos.

Y no se agota en esos dos actuantes, porque el bloque de constitucionalidad y el de legalidad contienen por regla general un sinnúmero de manifestaciones concretas, materializadas y palpables, sobre todo en cuanto a derechos fundamentales se refiere, dentro de los cuales se incluyen los derechos políticos. En otras palabras, el espectro de alcance de esos derechos desde el punto de vista de actuaciones y conductas, es mucho más amplio que el solo ejercicio del derecho a depositar en una urna su opción política de preferencia del elector (manifestación activa) o que el ejercicio del derecho de postulación (manifestación pasiva), pues trasciende a aspectos que en caso de omitirse vulneran esta clase de derechos y emergen como violatorios del principio de legalidad, como acontece cuando las autoridades y/o funcionarios legalmente encargados de garantizar el debido ejercicio del derecho a elegir y a ser elegido, omiten la conformación efectiva y eficaz de los entes que se les ha asignado, al mejor ejemplo de una

democracia indirecta, como acontece cuando la elección se soporta en el voto de representantes de sectores, niveles o estamentos que deben confluir con otras voluntades para elegir a otros, como sucede en el caso de los entes universitarios, en donde el Rector se elige a partir de varios Representantes de cada sector que conforman el Consejo Directivo, quienes a su vez debieron también y en forma antelada pasar por el crisol de la elección de su sector o de la designación por parte de otro funcionario de mayor rango.

Lo cierto es que si los funcionarios encargados de garantizar y propender por la debida conformación, elección y/o designación de los representantes de determinados sectores han omitido ese deber incurren en conductas que eventualmente pueden ser objeto de investigación y sanción disciplinaria ante la omisión de las funciones a cargo, por cuanto los principios constitucionales y legales imponen un ambiente de igualdad y de justicia en pro del ejercicio democrático a través de la representación indirecta en el ejercicio del voto para elegir a su máximo director, investidura que recae en el Rector del ente universitario, el cual se ve desdibujado si el órgano colegiado encargado de elegir está incompleto por la negligencia de quienes deben conformarlo, según las voces de la normativa superior.

Pues bien, las anteriores razones son suficientes para soportar mi discrepancia en cuanto a que el fallo no adoptó medidas eficaces tendientes a solucionar el estado actual de irregularidad al interior del Consejo Directivo de la institución universitaria, situación que de mantenerse generará en forma reiterada que la elección del Rector quede en entredicho ante la comunidad académica y ante la comunidad jurídica.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Rectificación jurisprudencial/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - La publicación en el *Diario Oficial* de los actos administrativos de carácter general proferidos por las Universidades no es obligatoria/ ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL - Publicación en el *Diario Oficial* de los actos administrativos proferidos por las Universidades no es obligatoria**

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, ya que, por un lado, para la demandante parece ser claro que tanto la Resolución No. 108 de diciembre de 2014 como la Resolución No. 015 de 2015 debían ser publicadas en el *Diario Oficial*. De otro lado, 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.

Pues bien, la Sala, en esta Sentencia de rectificación de jurisprudencia, encuentra que la segunda de las posiciones es la que debe privilegiarse, toda vez que la posición que venía sosteniéndose no se encuentra acorde con el principio de autonomía universitaria. (...) de lo expuesto, se deduce con meridiana claridad, que la SECCIÓN QUINTA ha establecido una línea unívoca en relación con la obligatoriedad de publicar las decisiones —de carácter general— adoptadas por las Universidades en el *Diario Oficial*, regla jurídica que está actualmente vigente.

Pese a lo anterior, la actual Sala Electoral del Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concluye que la publicación de los actos administrativos proferidos por las Universidades —de carácter general— en el *Diario Oficial* no es obligatoria.

Esta rectificación jurisprudencial, se justifica, en el sentir de la Sala, bajo la siguiente carga argumentativa, que se desarrolla con el análisis de los siguientes aspectos: i) generalidades sobre la autonomía universitaria; ii) normativa aplicable a las universidades públicas, y finalmente. La autonomía universitaria.

Está consagrada en la Carta Política de 1991. Según la disposición superior y de conformidad con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, la autonomía universitaria pretende evitar la interferencia del poder público en la labor que tienen las universidades como entes generadores de conocimiento.

En otras palabras, la autonomía "debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permite al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado".

Al efecto, las universidades están habilitadas para expedir sus reglamentos en atención a su capacidad de autorregulación y autodeterminación.

En ellos se determinan las reglas de comportamiento, en especial derechos y deberes, que van a regir la relación de todos los miembros de la comunidad educativa. Ahora bien, desde el punto de vista de la estructura del Estado, debe precisarse que las universidades estatales son entidades públicas, calidad que no pierden por el hecho de estar sometidas a un régimen especial, a pesar de estar excluidas de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y, por consiguiente, no pertenecer al sector central o descentralizado de la Administración por expresa disposición del artículo 38 de la Ley 489 de 1998; por ello, gozan de un régimen de autonomía especialmente otorgado por la Constitución Política.

En ese orden, puede concluirse que las facultades atribuidas a las universidades públicas en desarrollo de la autonomía de la que están investidas, redundan en la garantía de imparcialidad en su razón de ser: la educación. Es decir, 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 todo caso, lo anterior no lleva a afirmar que la autonomía es absoluta e ilimitada, puesto que debe ser ejercida de forma imparcial, razonable y con respeto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política. Normativa aplicable. A las Universidades Públicas les son aplicables la Constitución y la ley. Sin duda, 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 y, en consecuencia no le es aplicable la Ley 489 de 1998. Ley 1437 de 2011. El último inciso del artículo 2º del CPACA, no se refiere a las entidades con régimen especial, sino a los procedimientos que son regulados en leyes especiales.

En ese orden, debe precisarse que los pasos o etapas que conllevan a la designación del rector de una universidad pública, constituyen un procedimiento administrativo especial, entendido como "la aplicación práctica de actos intermedios y definitivos que instrumentan la realización del fin jurídico. Las reglas del procedimiento administrativo comprenden el nacimiento, la expedición, la ejecución y la eficacia del acto administrativo.

El objetivo concreto de un procedimiento administrativo es producir un acto administrativo legitimado". Si bien "la atribución relacionada con el establecimiento de procedimientos administrativos —tanto generales como especiales— se encuentra exclusivamente en cabeza del legislador y, en consecuencia las autoridades a las que se refiere el artículo 2º [del CPACA] carecen de competencia funcional para el efecto", lo cierto es que en cuanto a la elección de los

rectores de universidades públicas, la Ley 30 de 1992 habilita a dichos entes, en virtud de la autonomía de la que gozan, para establecer dicho procedimiento. (...) De conformidad con lo expuesto, y ante la existencia de un procedimiento especial para la designación del Rector, contenido en las disposiciones internas de la UNAL, no resultan aplicables a dicha entidad las normas contenidas en la Ley 489 de 1998 ni la primera parte del CPACA, entre ellas, el artículo 65 que se refiere al deber de publicación de los actos administrativos de carácter general.

Nota de Relatoría: La sentencia trae la línea jurisprudencial que la Sala Electoral ha proferido respecto del principio de autonomía universitaria.

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - Elección de Rector/UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - 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 proceso adelantado para la designación de Ignacio Mantilla Prada como Rector de la UNAL, por la no publicación en el *Diario Oficial* tanto del cronograma establecido al efecto, como del acto de designación de dicho funcionario. Para esclarecer si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse 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 UNAL. (...) la Universidad Nacional cuenta con un sistema de información o medio oficial de publicación de actos administrativos cuya finalidad es la de “dotar de seguridad jurídica a los destinatarios, evitar la dispersión y proliferación normativa con el objeto de consolidar un ordenamiento jurídico eficaz, coherente y estructurado”. Dicho medio es denominado como “Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos - Régimen Legal” el cual es aplicado por todas las autoridades de la UNAL que en razón de sus funciones deban proyectar y/o expedir actos académicos y administrativos y por quienes estén encargados de su publicidad, comunicación y notificación.

Respecto del cronograma establecido en la Resolución No. 108 de 2014, es evidente que aquella no hizo una reglamentación detallada de la forma en cómo se debía hacer la publicación de las actuaciones que se fueran surtiendo en el proceso de designación de Rector de la Universidad.

Pero, como quedó establecido en precedencia, dicho ente universitario cuenta con el Sistema de Información “Régimen Legal”, en el que son divulgados los actos administrativos proferidos en el proceso de elección del Rector de la Universidad.

Asimismo, tal como lo certificó el Director de Unimedios de la UNAL, desde el 22 de diciembre de 2014 estuvo disponible para consulta, en la página principal de la Universidad Nacional de Colombia, un banner destacado con enlace a la información sobre el proceso de designación del Rector con el título “Designación Cargo de Rector 2015-2018”. También se evidencia que para garantizar aún más que la comunidad se enterara de dicho proceso y que esta pudiera participar en él, se i) publicó en el *Diario El Tiempo* el miércoles 21 de enero de 2015 la noticia de la convocatoria abierta para participar en el proceso de designación del Rector de la Institución; y, ii) publicó y envió a 1400 periodistas de radio, prensa y televisión del país distintos boletines que daban cuenta del desarrollo del proceso de elección del Rector.

Así las cosas, está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la UNAL para el período 2015-2018, establecidas por dicho ente universitario. Ahora bien, probado como está que los actos de trámite proferidos en el proceso de elección del Rector de la UNAL no debían ser publicados en el *Diario Oficial* por cuanto las Universidades cuentan con un procedimiento especial para la publicación de dicha normativa, contenido en las disposiciones internas de la Universidad, es evidente que no se presenta la omisión aludida por la demandante y en ese sentido, aquellos actos no se expidieron de forma irregular y en consecuencia, no se afecta la legalidad del acto de elección acusado esto es, la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, por tanto, no prospera el cargo señalado por la demandante.

Finalmente, la misma suerte corre el cargo de nulidad respecto de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 relativa a que aquella no fue publicada en el *Diario Oficial*. Esto por cuanto esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de los actos administrativos particulares como el que designó al demandado como Rector de la UNAL, constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez.

De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección del Rector de la UNAL no se encuentra viciado de nulidad por expedición irregular, habida cuenta que los actos de trámite dictados en el proceso de elección de dicho funcionario cumplieron con el principio de publicidad del procedimiento, conforme a las normas dictadas al efecto por la UNAL.

Asimismo, el hecho de que dicho acto de elección no hubiese sido publicado en el *Diario Oficial*, tampoco genera su nulidad pues la falta de publicación de este tipo de actos constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 por medio de la cual el Consejo Superior Universitario de la UNAL designó al señor Ignacio Mantilla Prada, Rector de esa Institución, advirtiéndolo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno.

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 1001-03-28-000-2015-00011-00

Actor: Natalia Calderón Páez

Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1. Pretensiones

La ciudadana Natalia Calderón Páez, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, solicitó la nulidad de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 por medio de la cual el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional -en adelante UNAL- eligió al señor Ignacio Mantilla Prada, Rector de esa Institución.

Para el efecto solicitó:

*"Que se declare la nulidad de la Resolución 016 del 25 de marzo de 2015 proferida por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional "Por la cual se designa al profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo Institucional 2015-2018".*

#### 1.2. Hechos y argumentos

El 16 de diciembre de 2014 la Universidad Nacional de Colombia expidió la Resolución No. 108 de 2014 *"Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018"*.

El 18 de marzo de 2015 este ente autónomo expidió la Resolución No. 015 de 2015 *"Por la cual se modifican parcialmente las Resoluciones 278 de 2011 y 108 de 2014 del Consejo Superior Universitario, en el sentido de extender el horario de la Consulta Electrónica previa a la comunidad académica, dentro del proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018"*.

A juicio de la demandante, estas normativas no fueron publicadas en el *Diario Oficial*, solo en la página web de la Universidad.

Finalmente, el 25 de marzo de 2015 en la agencia de noticias de la Universidad Nacional se informó que se había reelegido al rector Ignacio Mantilla Prada mediante Resolución No. 016 de 2015 *"Por la cual se designa al profesor IGNACIO MANTILLA PRADA como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo institucional 2015-2018"*.

La UNAL no publicó en el *Diario Oficial* la designación del demandado. Además, la publicación de este acto en la página web de la Universidad solo se realizó hasta el 29 de abril de 2015.

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

A juicio de la demandante, el acto de elección acusado se profirió con expedición irregular porque ni los actos generales dictados en el marco de la actuación administrativa de designación del Rector de dicho ente autónomo, ni el acto de elección del demandado como Rector de la Universidad Nacional para el período 2015-2018 fueron publicados en el *Diario Oficial*.

Según el criterio de la parte actora, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 ordena a las entidades públicas a publicar sus actos administrativos generales en el *Diario Oficial*, en concordancia con el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, manifestó que el Consejo de Estado ha sostenido que, si bien la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de oponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, se erige en presupuesto de validez.

En consecuencia, la designación del demandado como Rector de la Universidad Nacional está viciada de nulidad.

A su juicio, las Universidades Oficiales no pueden excusarse en la autonomía universitaria para eximirse del deber legal de publicar sus actos administrativos en el *Diario Oficial*, alegando que ello puede suplirse con la publicación en la página web.

Señaló que el acto acusado infringe el principio del *"Estado Unitario y del interés nacional"* que ordena la Constitución, el cual supone centralización política, unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia en el territorio nacional.

Concluyó que también se vulneró el artículo 209 de la Constitución referente al principio de publicidad, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado al declarar la nulidad de la designación del Rector del Instituto Nacional de Formación

Técnica y Profesional (Infotep) en el que se adujo “*El ordenamiento constitucional Colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración (...)*”.

## 2. La contestación

El demandado y la UNAL, en un mismo escrito, mediante apoderado judicial, indicaron que la Universidad Nacional de Colombia es un ente autónomo que tiene garantizada tal calidad desde el artículo 69 de la Constitución.

Argumentaron que la falta de notificación de los actos particulares no causa su nulidad sino que “*evita la producción de alguno de ellos*”, además, la ley tiene varias soluciones alternativas para la notificación de los actos como la conducta concluyente.

Afirmaron que el acto de nombramiento del Rector de la Universidad Nacional, debe ser además de notificado o comunicado, llevado a un medio que lo publique para que produzca un efecto específico: que pueda ser demandado en simple nulidad, es decir, los ciudadanos deben conocerlo para acudir a la justicia con ese propósito.

Adujeron que la UNAL en ejercicio de la autonomía universitaria y respaldada en el artículo 12 del Decreto 1210 de 1993 y la Ley 30 de 1992 definió sus estatutos y el sistema de publicidad de sus actos. Así, la divulgación tanto de los actos de trámite proferidos en el proceso de elección del Rector de la Institución como el acto acusado, se llevó a cabo en los medios legales de la Universidad y en periódicos de circulación nacional como *El Tiempo*, lo cual es prueba suficiente para desvirtuar la falta de conocimiento de los ciudadanos que se interesaban en ese proceso.

Manifestaron que, algunas sentencias del Consejo de Estado acogen la interpretación restrictiva y fundamentalista del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, producto de una lectura formal y aislada de los textos legales. Pero, en contra de esta posición se entiende que esa norma apunta exclusivamente a señalar los efectos de la publicación y no a crear una reserva de publicación en manos de la Imprenta Nacional.

A su juicio, lo anterior se hace evidente cuando todas las leyes y decretos que tratan esta materia [publicidad de los actos], establecen la posibilidad de que las entidades públicas cuenten con medios alternos para divulgar sus normativas de orden general.

La publicidad de los actos se establece para evitar toda arbitrariedad mediante el ocultamiento a la sociedad de normas que se pretenden imponer como obligatorias sin que

ellas sean conocidas por sus destinatarios. La tendencia en el pensamiento garantista del legislador es acoger e incorporar al derecho positivo todo mecanismo o tecnología que sea eficaz en el propósito de enterar a la población de decisiones de interés general.

Expresaron que ante la imposibilidad de mantener un solo medio exclusivo de divulgación de las normas administrativas generales como el *Diario Oficial*, el legislador buscó restringir las publicaciones en ese medio y abrir la posibilidad de que las entidades públicas tuvieran gacetas, periódicos, diarios oficiales territoriales o especializados o cualquier otro medio eficaz para la divulgación de sus decisiones.

Asimismo, y en atención a que la finalidad de la publicación es la de enterar a la sociedad de manera eficiente sobre el contenido de esas decisiones, el criterio del legislador siempre fue el de ordenar la adopción de medios de comunicación que tuvieran más y mejor capacidad de llegar a la población.

En su pensar, es evidente que el *Diario Oficial* carece de “*lecturabilidad*”, pues no llega a la ciudadanía, es restringida su distribución y es incapaz de satisfacer las necesidades de informar masiva y adecuadamente a las personas.

Adujeron que la interpretación democrática dentro de un Estado Social de Derecho lleva a sostener que el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 solamente habla de los efectos o consecuencias vinculantes de la publicación en el *Diario Oficial*, sin excluir la posibilidad de la divulgación mediante otros medios alternos eficaces y democráticos que cumplan esa finalidad de enterar a la población sobre la existencia del acto administrativo general sin necesidad de acudir a la Imprenta Nacional. Es decir, es una interpretación amplia, que consulta la realidad.

Señalaron que en los preceptos contenidos en el artículo 65 del CPACA impera el principio de eficacia de la publicidad para asegurar el conocimiento público de su contenido y los efectos vinculatorios generales.

Esta norma no excluye el uso de cualquier medio de publicación válido, eficiente y eficaz ni se considera al *Diario Oficial* como el único legalmente aceptado. El CPACA además de imponer el sistema electrónico de comunicaciones como medio de notificación de actos particulares, también lo lleva a todas las actuaciones administrativas y a las comunicaciones o publicaciones de actos administrativos generales.

Afirmaron que el Consejo Superior de la Universidad Nacional expidió los Acuerdos 26 de 2010 y 70 de 2012 en los cuales dispuso que la publicación de los actos académicos y administrativos de carácter general deben ser publicados en el Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos cuyo régimen legal se adoptó en el mismo acuerdo.

Este es un medio oficial que emplea un aplicativo web, es decir, la Universidad tiene una normativa armónica con el CPACA.

Argumentaron que los reglamentos internos de la Universidad Nacional expedidos de conformidad con la ley son el fundamento legal del trámite de las publicaciones que posteriormente hizo la Institución de las convocatorias para la escogencia del Rector, además, ninguno de ellos ha sido cuestionado, por lo cual están amparados por la presunción de legalidad que ampara tanto los actos de las convocatorias como la elección misma del Rector.

Puntualizaron que este medio de publicación no es la página web de la Universidad sino un sistema especialmente diseñado para cumplir con la divulgación de los actos administrativos, con el que la Universidad ha atendido con mejor eficacia y prontitud sus relaciones con los estudiantes, profesores y ciudadanía en general.

Concluyeron que además de la página web las divulgaciones se surten por el sistema de Unimedios y el periódico de la Universidad que se distribuye con el Diario *El Tiempo* de Bogotá, en todo el país.

### 3. Los Coadyuvantes

#### 3.1. Katherine Martín Gutiérrez

Mediante escrito presentado el 5 de junio de 2015, la señora Katherine Martín Gutiérrez pidió que se le reconociera como tercera coadyuvante de las pretensiones de la demanda.

Para el efecto solicitó que se tuviera como prueba el derecho de petición con Radicado No. 2015-ER-059636<sup>1</sup> y su respuesta con Radicado No. 2015-EE-040034; documento que, a su juicio, evidencia que el rector demandado se eligió violando la democracia universitaria con el aval del Ministerio de Educación, con lo cual se envía un “oscuro” mensaje a las Universidades al indicarles que la autonomía universitaria las releva de la obligación de publicar la elección de los Rectores en el *Diario Oficial*.

Por lo anterior, cree que esta Corporación debe hacer un contundente llamado a las Universidades y al Ministerio de Educación para que les exija a las primeras respetar la democracia universitaria, transparencia y “acceso al público de las elecciones”.

#### 3.2. Nelcy Aleyda Mesa Albarracín

En escrito de 18 de junio de 2015, la señora Nelcy Aleyda Mesa Albarracín solicitó que se la tuviera como tercera impugnadora, es decir, como coadyuvante del demandado.

<sup>1</sup> Derecho de petición en el que le solicitó al Ministerio de Educación que le informara “Por qué el Ministerio no respetó el resultado de la consulta interna que daba como ganador a Mario Hernández y desconoció la voluntad de la comunidad académica votando por la reelección de Ignacio Mantilla Prada”, y se le informara “si el Ministerio alertó a la UNAL sobre el deber de publicación en el Diario Oficial de sus actos administrativos y específicamente del de la convocatoria aludida y me confiera copia de esta alerta o documento”. No fue necesario oficiar dicha prueba, toda vez que los documentos solicitados fueron aportados por la misma coadyuvante, en los cuales se podía apreciar las preguntas que la solicitante realizó al Ministerio de Educación Nacional con sus respectivas respuestas.

Indicó que la Corte Constitucional ha afirmado en varias oportunidades que los objetivos que se buscan con el principio de publicidad respecto de los actos administrativos es determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contienen el respectivo acto y garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto.

Señaló que la sentencia C-646 de 2011 indica que la publicidad de los actos administrativos admite diferentes formas concretas de realización, no solo en el *Diario Oficial* sino en gacetas o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos.

Argumentó que el Acuerdo No. 070 de 2012, proferido por el CSU de la Universidad Nacional evidencia que dicho Consejo hizo efectivo el principio de publicidad consagrado en el artículo 209 de la Constitución al dotar a la Universidad con un instrumento que permite de manera ágil y veraz, informar a la comunidad universitaria y a la ciudadanía en general de los actos académicos y administrativos de carácter general que regulan la actividad universitaria en todos sus campos y de la vigencia de los mismos.

Propuso las excepciones de “*Acatamiento del principio de publicidad consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que aseguró el conocimiento público de la Resolución 016 de 2005 expedida por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia*”.

Al respecto reiteró lo expuesto en su escrito de coadyuvancia y agregó que la Resolución 016 de 2015 fue publicada en el “*Régimen Legal*”, garantizando la amplia difusión de la designación del Rector de la Universidad Nacional para el periodo 2015-2018 y se dio cumplimiento no solo al principio de publicidad sino también a los de transparencia, celeridad y economía.

También propuso la excepción a la que denominó “*La presunta falta de publicación de la Resolución 016 de 2005 expedida por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, es presupuesto de eficacia y no de validez*”. Sobre la cual indicó que, si bien el acto demandado no es de carácter general, los efectos producidos por este sí son de interés general, por lo que la universidad en aras de preservar la oponibilidad del mismo, la publicó en el “*Régimen Legal*”, establecido para dicho fin.

Concluyó que la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, la consecuencia de esta omisión es la falta de oponibilidad del acto a los particulares o la no obligatoriedad del mismo, mas no tiene el alcance que pretende darle la actora al acto enjuiciado, consistente en que al no ser publicado en el *Diario Oficial* debe ser declarado nulo.

### 4. Audiencia inicial

El 31 de agosto de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio, se tuvieron

como pruebas los documentos allegados y se resolvieron las excepciones propuestas por la coadyuvante del demandado en el sentido de indicar que aquellas son excepciones de mérito o fondo cuyo objetivo es desvirtuar las pretensiones de la demandante, las cuales deberán decidirse en la sentencia.

Asimismo, se reconoció como terceros coadyuvantes e impugnadores a las señoras Katherine Martín Gutiérrez y Nely Aleyda Mesa Albarracín, respectivamente. Se precisó que los argumentos de la primera de aquellas solo serían tenidos en cuenta en la medida en que acompañasen los cargos formulados inicialmente en la demanda, es decir, siempre y cuando secundaran el cargo de nulidad por ausencia de publicación en el *Diario Oficial* de todos aquellos actos relacionados con el proceso de designación de Rector de la UNAL.

En esa medida, se rechazó el cargo de nulidad formulado por esta coadyuvante, consistente en que el acto acusado es nulo porque no se tuvo en cuenta el resultado de la consulta interna realizada a la comunidad académica de la UNAL, según la cual resultó electo como Rector, el profesor Mario Hernández y no Ignacio Mantilla, porque dicho reproche de nulidad no se formuló en la demanda inicialmente presentada.

Finalmente, 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. Ninguna decisión fue recurrida, quedando todas ejecutoriadas.

## 5. Alegatos de conclusión

La **tercera impugnadora**, Nely Aleyda Mesa Albarracín reprodujo íntegramente el escrito de coadyuvancia, por lo que no considera pertinente la Sala reiterar los argumentos planteados en dicha intervención.

La parte **demandada** reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y agregó que de conformidad con el CPACA el legislador no hace una lista taxativa y cerrada de las posibilidades materiales para realizar publicaciones y divulgaciones de los actos del Estado. Las posibilidades son abiertas, después de que se trate de medios de comunicación eficaces.

La **accionante** adujo que la omisión de la publicación de la convocatoria para la elección del Rector de la UNAL en el *Diario Oficial* vicia el acto de elección por cuanto para que la comunidad pueda tener efectivamente la oportunidad de conformar el poder político o llegar a los cuadros de dirección de la administración pública en general y realizar un control a su proceder, es menester que sus actuaciones y decisiones administrativas puedan ser conocidas por todos, ya que si las mismas son secretas o con menoscabo de la amplitud difusiva con que necesariamente deben anunciarse, es claro que termina siendo afectado el principio de publicidad.

Señaló que, de conformidad con el artículo 65 del CPACA, el requisito de publicación de los actos administrativos de carácter

general es un presupuesto de eficacia u oponibilidad, puesto que su obligatoriedad frente a los particulares se condiciona a ello.

Afirmó que *“en sentencia 13552 de 1998, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado”, en un caso similar al presente, se estudió el deber de publicación de los actos administrativos de carácter general de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la que se precisó: “tratándose como se trata, el que se juzga, de un acto subjetivo de contenido particular y concreto expedido por una autoridad del orden nacional (...) debía necesariamente publicarse en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto. Pero a tal exigencia no se dio cumplimiento (...) el mencionado órgano de publicación HOY no tiene la cobertura publicitaria que exige la Corte Constitucional en la sentencia aludida, pues es de carácter regional y por lo mismo no garantiza un conocimiento general de sus publicaciones, es decir, que no reúne las condiciones de medio oficial de publicación (...).”*

Argumentó que en la actualidad no se puede cumplir el requisito de publicidad solamente acudiendo a los medios alternativos como el diario, gaceta o boletín de la Universidad, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del *Diario Oficial*, lo cual no obsta para que si así lo decide la entidad pública, además de la obligada publicación en el *Diario Oficial*, lo haga en esos medios alternativos.

Afirmó que el *Diario Oficial* ha sido por excelencia el medio de publicación de los actos administrativos que expiden las entidades públicas del país, por tanto, no puede ser de recibo el argumento del demandado según el cual, no existe exclusividad en relación con la publicación de los actos de elección en el *Diario Oficial*, toda vez que es el único medio que la ley ha habilitado para el efecto, por lo cual la Universidad no puede eximirse del deber legal de publicar sus actos administrativos de carácter general en dicho diario alegando que ello puede suplirse con la respectiva publicación en su página web.

Concluyó que uno de los límites que se ha trazado a la actividad autónoma que pueden desarrollar las Universidades es precisamente el respecto por el principio de publicidad, pues la Corte Constitucional ha sido clara en establecer que la autonomía no puede, bajo ninguna circunstancia ser sinónimo de arbitrariedad, por esto, es obligatorio por parte de ellas publicar sus actos de elección en el *Diario Oficial* para garantizar la participación y el conocimiento de sus actos, no solo de la comunidad educativa sino de la comunidad en general.

## 6. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el 10 de septiembre de 2015, el 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.

Diferente a lo que sucede respecto de la validez de los actos administrativos de carácter particular que son expedidos con fundamento en los anteriores, respecto de los cuales se ha considerado que la falta de publicación en el *Diario Oficial* de los actos administrativos generales en que se fundamenten, generan su nulidad por expedición irregular y violación al debido proceso.

Señaló que la anterior posición debe ser reevaluada por la Sección Quinta, en el sentido de indicar que la publicación de que trata el artículo 65 del CPACA no solamente se debe realizar en el *Diario Oficial*, sino que puede realizarse en otros medios como por ejemplo la página web de la entidad o en un *Diario Oficial* de amplia circulación.

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 vicaría 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 a las Resoluciones No. 108 de 2014 y 015 de 2015 expedidas por el CSU de la UNAL, les es aplicable el régimen de publicación contenido en el artículo 65 del CPACA, teniendo en cuenta que la finalidad de 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.

Manifestó que el objetivo que persigue la norma aludida no es la mera publicación del acto, sino que verdaderamente su contenido pueda ser conocido por la comunidad en general y le permitan su participación activa, publicación que puede realizarse a través de un medio más eficaz que el *Diario Oficial*, como sería la página web de la entidad o un diario de amplia circulación nacional.

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.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 149 del CPACA<sup>2</sup> y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de

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

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 Ignacio Mantilla Prada como Rector de la UNAL, para el período 2015-2018.

### 2. El acto acusado

Se tiene como tal la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, por medio del cual se designó al señor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional para el período 2015-2018. (Fl. 19)

Igualmente, es de anotar que para la demandante, la anterior Resolución es nula, comoquiera que la elección fue realizada sin cumplir con el principio de publicidad de la convocatoria contenida en las Resoluciones No. 108 del 16 de diciembre de 2014 y 015 de 2015 “*Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018*” y “*Por la cual se modifican parcialmente las Resoluciones 278 de 2011 y 108 de 2014 del Consejo Superior Universitario, en el sentido de extender el horario de la Consulta Electrónica previa a la comunidad académica, dentro del proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018*”, respectivamente.

Como se puede observar, los actos descritos son de aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado de trámite, es decir, aquellos que “*no expresan en concreto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo*”.<sup>3</sup>

La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que la legalidad de este tipo de actos solo puede estudiarse a través del control del acto definitivo, razón por la cual su examen, en este caso, se hará al estudiar la legalidad del acto contenido en la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015.

### 3. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial<sup>4</sup>, si:

- Está viciada de nulidad, por expedición irregular, la actuación administrativa que se surtió en la Universidad Nacional de Colombia para designar al Rector de dicho ente autónomo, en razón a que ni la Resolución No. 108 de diciembre de 2014 ni la Resolución No. 015 de 2015 se publicaron en el *Diario Oficial*.

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.

3 Corte Constitucional Sentencia T-945 de 2009.

4 Folios 211-221.

- Dicha vulneración afecta la legalidad del acto de elección acusado, esto es, la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015.
- Se encuentra viciada de nulidad la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, porque aquella no fue publicada en el *Diario Oficial* de conformidad con lo estipulado en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y el parágrafo del artículo 65 del CPACA.

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, ya que, por un lado, para la demandante parece ser claro que tanto la Resolución No. 108 de diciembre de 2014 como la Resolución No. 015 de 2015 debían ser publicadas en el *Diario Oficial*.

De otro lado, 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.

Pues bien, la Sala, en esta Sentencia de rectificación de jurisprudencia, encuentra que la segunda de las posiciones es la que debe privilegiarse, toda vez que la posición que venía sosteniéndose no se encuentra acorde con el principio de autonomía universitaria.

Ahora bien, con el fin de cumplir con la carga de transparencia que se le impone a los jueces al realizar rectificaciones jurisprudenciales, y en cumplimiento del artículo 103 del CPACA,<sup>5</sup> se trae a colación la línea jurisprudencial que la Sala Electoral de esta Corporación ha proferido al respecto:

- Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 25 de octubre de 2007. Radicado No. 2006-00192. Demandado: Representante Consejo Superior Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC): En dicho fallo se indicó que *“la publicación de los actos administrativos en los medios electrónicos, en virtud del artículo 7 de la Ley 962 de 2005<sup>6</sup> tiene fines meramente*

5 Artículo 103. Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

6 Artículo 7°. Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el *Diario Oficial*. Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento. A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública.

*informativos y en ningún modo reemplaza o sustituye la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial”.*

- Consejo de Estado. Sección Quinta. **Sentencia de 6 de agosto de 2009. Radicado No. 2009-00005. Demandado: Rector Universidad Surcolombiana:** En dicha providencia la Sección Quinta determinó que la eficacia u oponibilidad de los actos administrativos de carácter general tan solo surge cuando su publicación ha sido realizada en el *Diario Oficial*, de modo que aunque la publicación se surta en medios alternativos de publicación como periódicos, gacetas, páginas web, entre otros, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida. Además, no pueden eximirse las universidades oficiales del deber legal de publicar sus actos administrativos de carácter general en el *Diario Oficial*, alegando que ello puede suplirse con la respectiva publicación en su dominio.co o en su página Web, pues el artículo 7 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 señala que el deber a cargo de la administración pública de insertar en ese medio electrónico la mencionada información dentro de los cinco días siguientes a su publicación, no exime a la misma de su *“obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial”.*
- Consejo de Estado. Sección Quinta. **Sentencia de 7 de marzo de 2011. Radicado No. 2010-00006. Demandado: Rector Universidad Popular del Cesar:** Se señaló en esta providencia: *“como quedó demostrado en el apartado anterior, la obligatoria publicación de los actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial sirve “para efectos de su vigencia y oponibilidad” (Ley 489/1998 Art. 119 par). Es decir, que su eficacia o fuerza vinculante respecto de terceros depende de que se publiquen en ese medio oficial de difusión, lo que de llegarse a omitir no afecta la validez de esos actos administrativos de carácter general, pues se trata de una circunstancia posterior a la formación del acto, que simplemente lo hace inoponible respecto de terceros”.*
- Consejo de Estado. Sección Quinta. **Sentencia de 29 de mayo de 2014. Radicado No. 2011-00059. Demandado: Rector Instituto de Formación Técnica Profesional (Infotep) –de San Juan del Cesar– La Guajira:** En aquella oportunidad se estableció que *“es claro que de conformidad con la normativa aplicable, y la jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado y la Sección Quinta de esta Corporación, es obligatorio para las entidades autónomas, la publicación de sus actos administrativos de contenido general en el Diario Oficial; y por ende se constituye en requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros”.*

La línea jurisprudencial descrita se evidencia de forma más clara mediante el siguiente esquema:

7 En estricto sentido el Infotep, según el artículo 3 de sus estatutos no tiene naturaleza jurídica de Universidad sino de Establecimiento Público de Carácter Académico, del Orden Nacional, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Educación Nacional; creado mediante Decreto 1098 del 17 de marzo 1979 del Gobierno nacional como entidad adscrita al Ministerio de Educación Nacional, y Redefinida por Ciclos Propedéuticos, no obstante, por la similitud con el problema jurídico planteado en esta oportunidad y lo reciente de esa providencia, esta Sala no puede dejar de referirse a ella.

	¿Es obligatorio publicar las decisiones –de carácter general– adoptadas por las Universidades en el <i>Diario Oficial</i> ?	
Sí, la utilización de otros medios, incluidos los electrónicos, tiene fines meramente informativos y en ningún modo reemplaza o sustituye la obligación legal de publicarlos en el <i>Diario Oficial</i> .	<p>X Sentencia de 25 de octubre de 2007 110010328000200600192-00 (4147) C. P. María Nohemí Hernández Pinzón</p> <p>X <b>Sentencia de 6 de agosto de 2009</b> <b>11001-03-28-000-2009-00005-00</b> C. P. María Nohemí Hernández Pinzón</p> <p>X Sentencia de 7 de marzo de 2011 110010328000201000006-00 C. P. María Nohemí Hernández Pinzón</p> <p>X Sentencia de 29 de mayo de 2014 11001-03-28-000-2011-00059-00 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez</p>	No, en virtud de su autonomía.

De lo expuesto, se deduce con meridiana claridad, que la Sección Quinta ha establecido una línea unívoca en relación con la obligatoriedad de publicar las decisiones -de carácter general- adoptadas por las Universidades en el *Diario Oficial*, regla jurídica que está actualmente vigente.

Pese a lo anterior, la actual Sala Electoral del Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concluye que la publicación de los actos administrativos proferidos por las Universidades -de carácter general- en el *Diario Oficial* no es obligatoria.

Esta rectificación jurisprudencial, se justifica, en el sentir de la Sala, bajo la siguiente carga argumentativa<sup>8</sup>, que se desarrolla con el análisis de los siguientes aspectos: i) generalidades sobre la autonomía universitaria; ii) normativa aplicable a las universidades públicas, y finalmente, iii) abordará el caso concreto.

### 3.1. La autonomía universitaria

Está consagrada en la Carta Política de 1991 en los siguientes términos:

*“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”.*

Según la disposición superior y de conformidad con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, la autonomía universitaria pretende evitar la interferencia del poder público en la labor que tienen las universidades como entes generadores de conocimiento.<sup>9</sup>

En desarrollo de la norma constitucional, la Ley 30 de 1992, “por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”, regula la autonomía universitaria a través de los siguientes artículos:

*“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.*

*Artículo 29. 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:*

<sup>8</sup> Carga que es de obligatorio cumplimiento para los jueces en sus rectificaciones y unificaciones jurisprudenciales, de conformidad con el artículo 103 del CPACA

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 28 de octubre de 2014, Rad. 25000-23-37-000-2014-00944-01(AC), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

- 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).

Por su parte, el artículo 57 ídem establece que:

*“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.*

*<Inciso modificado por el artículo 1º de la Ley 647 de 2001> 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. (...)*

De lo expuesto, puede concluirse que dicha prerrogativa, “se traduce en comportamientos administrativos de gestión, lo cual significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le establece al reconocerle la calidad de universidad”<sup>10</sup>.

En otras palabras, la autonomía “debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permite al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado”<sup>11</sup>.

Al efecto, las universidades están habilitadas para expedir sus reglamentos en atención a su capacidad de autorregulación y autodeterminación. En ellos se determinan las reglas de comportamiento, en especial derechos y deberes, que van a regir la relación de todos los miembros de la comunidad educativa<sup>12</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de la estructura del Estado, debe precisarse que las universidades estatales son entidades públicas, calidad que no pierden por el hecho de estar sometidas a un régimen especial, a pesar de estar excluidas de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y, por consiguiente, no pertenecer al sector central o descentralizado de la Administración por expresa disposición del artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>13</sup>; por ello, gozan de un régimen de autonomía especialmente otorgado por la Constitución Política<sup>14</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Las universidades del Estado son Instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político; en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela

enero de 2015, Rad. 08001-23-31-000-2003-01721-02(3777-13), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

11 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 5 de diciembre de 2013, Rad. 08001-23-31-000-2005-03310-02(2807-13), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

12 Ob. cit. 5.

13 Artículo 38. Integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a) La Presidencia de la República;  
b) La Vicepresidencia de la República;  
c) Los Consejos Superiores de la administración;  
d) Los ministerios y departamentos administrativos;  
e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;  
b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;  
c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;  
d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;  
e) Los institutos científicos y tecnológicos;  
f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;  
g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 11 de julio de 2013, Rad. 11001-03-06-000-2012-00067-00(2118), C.P. Augusto Hernández Becerra.

10 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 29 de

como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión".<sup>15</sup>

En ese orden, puede concluirse que las facultades atribuidas a las universidades públicas en desarrollo de la autonomía de la que están investidas, redundan en la garantía de imparcialidad en su razón de ser: la educación. Es decir, 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 todo caso, lo anterior no lleva a afirmar que la autonomía es absoluta e ilimitada, puesto que debe ser ejercida de forma imparcial, razonable y con respeto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política.

### 3.2. Normativa aplicable

Como se expuso en el acápite anterior, a las Universidades Públicas les son aplicables la Constitución y la ley.

#### 3.2.1. Ley 489 de 1998

Dicha ley estableció normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, así como principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189<sup>16</sup> de la Constitución Política, entre otras disposiciones.

La disposición constitucional señala las atribuciones que le corresponden al Presidente de la República, en particular, las referidas a la modificación de entidades administrativas del nivel nacional.

Ello demarca, desde luego, el ámbito de aplicación de la referida ley, el cual está regulado en su artículo 2o, cuyo tenor literal es el que sigue:

*"Artículo 2º. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad*

*y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.*

*Parágrafo. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política".*

Tanto de la denominación de la Ley 489 de 1998, como del contenido de su artículo 2º, se puede afirmar sin ambages, que aquella no es aplicable a las universidades públicas, las cuales como se explicó, no integran la rama ejecutiva del poder público.

Lo anterior se reafirma en su artículo 40 que indica de manera expresa las entidades a las cuales no es aplicable:

*"Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes".*

Sin duda, 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 y, en consecuencia no le es aplicable la Ley 489 de 1998.

#### 3.2.2. Ley 1437 de 2011

Como es sabido, por medio de esta ley se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En su artículo 2º se delimita el ámbito de aplicación de la primera parte del código, es decir, la que regula el procedimiento administrativo y establece que sus normas rigen para las que denomina "autoridades", esto es, organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos autónomos e independientes del Estado y los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.

Según lo anterior, en principio, la primera parte del CPACA aplicaría a las universidades públicas en tanto encuadran en la categoría de "órganos autónomos e independientes".

Sin embargo, el último inciso del referido artículo, contempla una excepción a la aplicación del procedimiento administrativo,

15 Sentencia C-220 de 1997.

16 Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. (...)

en la medida en que señala que “[l]as 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”. (Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, el artículo 34 del mismo código dispone que “[l]as actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales**. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código”. (Negrilla fuera de texto).

Por consiguiente, será necesario establecer si en la materia que se analice, existe una norma especial en cuyo caso, su aplicación se preferirá respecto de la norma de carácter general<sup>17</sup>.

Ahora bien, no escapa a la Sala que el último inciso del artículo 2º del CPACA, no se refiere a las entidades con régimen especial, sino a los procedimientos que son regulados en leyes especiales.

En ese orden, debe precisarse que los pasos o etapas que conllevan a la designación del rector de una universidad pública, constituyen un procedimiento administrativo especial, entendido como “la aplicación práctica de actos intermedios y definitivos que instrumentan la realización del fin jurídico. Las reglas del procedimiento administrativo comprenden el nacimiento, la expedición, la ejecución y la eficacia del acto administrativo. El objetivo concreto de un procedimiento administrativo es producir un acto administrativo legitimado”<sup>18</sup>.

Si bien “la atribución relacionada con el establecimiento de procedimientos administrativos -tanto generales como especiales- se encuentra exclusivamente en cabeza del legislador y, en consecuencia las autoridades a las que se refiere el artículo 2º [del CPACA] carecen de competencia funcional para el efecto”<sup>19</sup>, lo cierto es que en cuanto a la elección de los rectores de universidades públicas, la Ley 30 de 1992 habilita a dichos entes, en virtud de la autonomía de la que gozan, para establecer dicho procedimiento:

*“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.*

*<Inciso modificado por el artículo 1º de la Ley 647 de 2001. 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. (...)>* (Negrilla fuera de texto).

*“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”* (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, y ante la existencia de un procedimiento especial para la designación del Rector, contenido en las disposiciones internas de la UNAL, no resultan aplicables a dicha entidad las normas contenidas en la Ley 489 de 1998 ni la primera parte del CPACA, entre ellas, el artículo 65 que se refiere al deber de publicación de los actos administrativos de carácter general.

### 3.3. Caso concreto

En el presente asunto, la controversia gira en torno al principio de publicidad del proceso adelantado para la designación de Ignacio Mantilla Prada como Rector de la UNAL, por la no publicación en el *Diario Oficial* tanto del cronograma establecido al efecto, como del acto de designación de dicho funcionario.

Para esclarecer si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse 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 UNAL.

Se tiene entonces, que en el expediente obran los siguientes documentos relevantes para el presente análisis:

- Acuerdo No. 011 del 12 de marzo de 2005 “Por el cual se adopta el Estatuto General de la Universidad Nacional de Colombia” (fl. 56-73). De esta norma cabe destacar lo siguiente:

- Determina que es función del CSU “Nombrar al rector para un período de tres años. Para esos efectos el Consejo Superior

<sup>17</sup> Así lo establece el artículo 5º de la Ley 57 de 1887:

“Artículo 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª. La disposición relativa a un asunto especial preferirá a la que tenga carácter general;”

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 5 de marzo de 2015, Exp. 25000-23-27-000-2010-00208-01(19382), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>19</sup> Comentarios al artículo 34 de la Ley 1437 de 2011, por el profesor Sergio González Rey, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Comentado y Concordado, Editor José Luis Benavides, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

*Universitario reglamentará el nombramiento del Rector observando los criterios de consulta previa a la comunidad académica, de los planes y programas presentados por los aspirantes, y de análisis y valoración de sus calidades (...)*. (Art. 14, numeral 3)

- Establece que el Rector es el representante legal de la Universidad y el responsable de su dirección académica y administrativa. Además, fija los requisitos para ocupar dicho cargo (Art. 15) y sus funciones (Art. 16).

- Acuerdo No. 021 del 9 de septiembre de 2008 "Por el cual se reglamenta la designación de Rector en la Universidad Nacional de Colombia" (fl. 74-75). De este acuerdo es relevante que:

- Establece los requisitos para ser Rector (Art. 3º).

- Dispone que el Rector será designado por el CSU en los términos y condiciones establecidos en los Estatutos de la Universidad. (Art. 1º)

- Resolución No. 278 del 22 de noviembre de 2011 "Por la cual se reglamenta el procedimiento para adelantar la

*consulta previa a la comunidad académica, dentro del proceso para la designación del Rector de la Universidad Nacional de Colombia"* (fls. 86-87).

- Acuerdo No. 070 del 4 de septiembre de 2012 "Por el cual se establece el Ordenamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia y se derogan los Acuerdos 026 de 2010 y 026 de 2011 del Consejo Superior Universitario" (fl. 83-85). De este acuerdo es relevante que:

- Define el Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos "Régimen Legal" como el medio oficial de publicación de actos académicos y administrativos de carácter general de la UNAL, el cual consiste en un aplicativo web que informa de manera inmediata y actualizada mediante un mecanismo de incorporación y actualización del ordenamiento jurídico, que permite consultar y establecer su vigencia mediante el manejo de vínculos de navegación web. (Art. 2, numeral 7)

- Resolución No. 108 del 16 de diciembre de 2014 "Por la cual se define el calendario y se convoca el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia" (fl. 89), en los siguientes términos:

Proceso	Fechas	Horario
1. Inscripción de aspirantes.	Enero 23 a febrero 5	De 8:00 a. m. a 5:00 p. m.
2. Comunicación a los aspirantes que cumplen requisitos.	Febrero 10	-
3. Término para presentar reclamaciones.	Febrero 10 al 12	De 8:00 a. m. a 5:00 p. m.
4. Término para resolver reclamaciones.	Febrero 16	5:00 p. m.
5. Reunión con delegados y comisión de acompañamiento.	Febrero 18	9:00 a. m.
6. Presentación de los aspirantes a la comunidad académica.	Febrero 18	-
7. Proceso de difusión de los planes y programas.	Febrero 19 a marzo 17	-
8. Publicación precenso.	Febrero 23	-
9. Periodo para solicitar inclusión en el Censo.	Febrero 23 a marzo 6	-
10. Publicación censo.	Marzo 16	-
11. Consulta a la comunidad académica mediante el mecanismo electrónico.	Marzo 18	De 8:00 a. m. a 5:00 p. m.
12. Remisión de la información al Consejo Superior Universitario.	Marzo 19	-
13. Sesión del Consejo Superior Universitario para la designación del Rector.	Marzo 25	-

De conformidad con lo expuesto, puede concluirse que el proceso de designación del rector de la UNAL está reglamentado en las normas referidas. Además de esto, la Universidad Nacional cuenta con un sistema de información o medio oficial de publicación de actos administrativos cuya finalidad es la de "dotar de seguridad jurídica a los destinatarios, evitar la dispersión y proliferación normativa con el objeto de consolidar un ordenamiento jurídico eficaz, coherente y estructurado"<sup>20</sup>.

Dicho medio es denominado como "Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos-Régimen Legal" el cual es aplicado por todas las autoridades de la UNAL que en razón de sus funciones deban proyectar y/o expedir actos académicos y administrativos y por quienes estén encargados de su publicidad, comunicación y notificación<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Artículo 2, Acuerdo 070 de 2012.

<sup>21</sup> Artículo 3, Acuerdo 070 de 2012.

En esa medida, en cuanto a la publicación de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso mencionado, se verificaron las siguientes:

1. La Secretaría General de la UNAL el 11 de mayo de 2015 certificó que la entrada en vigencia de los actos administrativos

relacionados a continuación, y la fecha de su publicación en el Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos "Régimen Legal" de la Universidad Nacional de Colombia es la siguiente:

Acto administrativo	Fecha de publicación en el régimen legal	fecha de entrada en vigencia de cada uno de los actos administrativos
Acuerdo CSU 011 de 2005	11/07/2009	31/03/2005
Acuerdo CSU 021 de 2008	05/05/2009	09/09/2008
Acuerdo CSU 026 de 2010	12/11/2010	01/01/2011
Acuerdo CSU 026 de 2011	17/01/2012	17/01/2012
Acuerdo CSU 070 de 2012	17/09/2012	14/09/2012
Resolución CSU 278 de 2011	13/12/2011	22/11/2011
Resolución CSU 108 de 2014	19/12/2014	19/12/2014
Resolución CSU 015 de 2015	18/03/2015	18/03/2015
Resolución CSU 016 de 2015	27/04/2015	25/03/2015

2. El 11 de mayo de 2015 la Jefe del Grupo de Procesos Judiciales de la UNAL certificó: (Fl. 154).

*"El cronograma y la convocatoria para el proceso de designación de Rector y, la designación del profesor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018 fueron objeto de noticia a través de la Agencia de Noticias de la Universidad Nacional de Colombia, que publicó y envió a 1400 periodistas de radio, prensa y televisión de todo el país, los siguientes boletines:*

- 1) *Título: "Siete académicos inscritos esperan llegar a la Rectoría de la UN". Publicado: Febrero 5 del 2015.*
- 2) *Título: "Subió a ocho el número de inscritos para llegar a la Rectoría de la UN". Publicado: Febrero 6 del 2015.*
- 3) *Título: "Estos son los nombres de los candidatas a la Rectoría de la UN". Publicado: Febrero 6 del 2015. La información relacionada con reglamentación, candidaturas y fechas del proceso se puede consultar en la dirección web [www.consulta.unal.edu.co](http://www.consulta.unal.edu.co)*
- 4) *Boletín (954) "Normalidad en consulta electrónica en la UN". Solo fue para medios de comunicación (se adjunta). Enviado a medios: Marzo 17 de 2015.*
- 5) *Título: "Concluyó con éxito consulta electrónica a la comunidad universitaria". Publicado: Marzo 18 del 2015. Para consultar los resultados completos por Sede puede hacerlo a través de la página web de la Universidad Nacional de Colombia en el link <https://consulta.unal.edu.co/Portal/inicio.jsf>*
- 6) *Título: "Ignacio Mantilla, reelegido como Rector de la UN hasta el 2018". Publicado: Marzo 25 del 2015.*

7) *Adicionalmente se realizaron 2 ruedas de prensa:*

- 1- *El 18 de marzo del 2015.*
- 2- *25 de marzo del 2015".*

3. Mediante escrito del 22 de mayo de 2015 la Dirección Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la UNAL certificó:

*"1. PUBLICACIÓN DEL PROCESO: El portal web sobre el cual se realizó el proceso de consulta electrónica [www.consulta.unal.edu.co](http://www.consulta.unal.edu.co) fue publicado para los usuarios el 19 de Diciembre de 2014, inicialmente con la reglamentación del proceso, y estuvo habilitado para soportar las etapas de Pre censo, Censo, Consulta Electrónica y Publicación de Resultados hasta el 25 de marzo de 2015, fecha en la cual se realizó el desmonte del portal de Consulta Electrónica, para garantizar la disponibilidad en las etapas de consulta electrónica y publicación de resultados se habilitó un alias [www.consultaweb.unal.edu.co](http://www.consultaweb.unal.edu.co). (...)"* (Fl. 168-170).

4. El Director de Unimedios de la UNAL el 21 de mayo de 2015 certificó que "Entre el 22 de diciembre de 2014 y el 27 de marzo de 2015, estuvo disponible para consulta, en la página principal de la Universidad Nacional de Colombia, un banner destacado con enlace a la información sobre el proceso de designación del Rector con el título "Designación Cargo de Rector 2015-2018". (Fl. 171).

5. El miércoles 21 de enero de 2015 en el Diario El Tiempo se publicó la siguiente noticia: (Fl. 92)

**"CONVOCATORIA ASPIRANTES  
AL CARGO DE RECTOR  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**

*La Secretaría General anuncia que está abierto el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional de Colombia.*

*Los requisitos y formularios se encontrarán en la página web [www.consulta.unal.edu.co](http://www.consulta.unal.edu.co)*

*Este proceso se regirá por el Acuerdo 021 de 2008 y las Resoluciones 278 de 2011 y 108 de 2014 del Consejo Superior Universitario (CSU), así como por las demás normas que expida el CSU para tal efecto.*

**–INSCRIPCIÓN ASPIRANTES–**

**Lugar: Secretaría General y Secretarías de Sede**

**Fecha: Enero 23 a febrero 5**

**Horario: 8:00 a. m. a 5:00 p. m."**

Respecto del cronograma establecido en la Resolución No. 108 de 2014, es evidente que aquella no hizo una reglamentación detallada de la forma en cómo se debía hacer la publicación de las actuaciones que se fueran surtiendo en el proceso de designación de Rector de la Universidad.

Pero, como quedó establecido en precedencia, dicho ente universitario cuenta con el Sistema de Información "Régimen Legal", en el que son divulgados los actos administrativos proferidos en el proceso de elección del Rector de la Universidad. Asimismo, tal como lo certificó el Director de Unimedios de la UNAL, desde el 22 de diciembre de 2014 estuvo disponible para consulta, en la página principal de la Universidad Nacional de Colombia, un banner destacado con enlace a la información sobre el proceso de designación del Rector con el título "Designación Cargo de Rector 2015-2018".

También se evidencia que para garantizar aún más que la comunidad se enterara de dicho proceso y que esta pudiera participar en él, se i) publicó en el Diario El Tiempo el miércoles 21 de enero de 2015 la noticia de la convocatoria abierta para participar en el proceso de designación del Rector de la Institución<sup>22</sup>; y, ii) publicó y envió a 1400 periodistas de radio, prensa y televisión del país distintos boletines que daban cuenta del desarrollo del proceso de elección del Rector.

Así las cosas, está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la UNAL para el período 2015-2018, establecidas por dicho ente universitario.

Ahora bien, probado como está que los actos de trámite proferidos en el proceso de elección del Rector de la UNAL no debían ser publicados en el Diario Oficial por cuanto las

Universidades cuentan con un procedimiento especial para la publicación de dicha normativa, contenido en las disposiciones internas de la Universidad, es evidente que no se presenta la omisión aludida por la demandante y en ese sentido, aquellos actos no se expidieron de forma irregular y en consecuencia, no se afecta la legalidad del acto de elección acusado esto es, la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, por tanto, no prospera el cargo señalado por la demandante.

Finalmente, la misma suerte corre el cargo de nulidad respecto de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 relativa a que aquella no fue publicada en el Diario oficial. Esto por cuanto esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de los actos administrativos particulares como el que designó al demandado como Rector de la UNAL, constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez<sup>23</sup>.

Lo anterior encuentra soporte normativo en el artículo 72 del CPACA, que dispone<sup>24</sup>:

**"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".**

De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección del Rector de la UNAL no se encuentra viciado de nulidad por expedición irregular, habida cuenta que los actos de trámite dictados en el proceso de elección de dicho funcionario cumplieron con el principio de publicidad del procedimiento, conforme a las normas dictadas al efecto por la UNAL. Asimismo, el hecho de que dicho acto de elección no hubiese sido publicado en el *Diario Oficial*, tampoco genera su nulidad pues la falta de publicación de este tipo de actos constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 por medio de la cual el Consejo Superior Universitario de la UNAL designó al señor Ignacio Mantilla Prada, Rector de esa Institución, advirtiendo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno.

<sup>22</sup> La Resolución No. 108 de 2014 estableció como fecha de iniciación de las inscripciones del 23 de enero al 5 de febrero.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 29 de mayo 2014. Radicación No.: 11001-03-28-000-2011-00059-00. Actor: Hernando José Daza Plata. Demandado: Instituto de Formación Técnica Profesional (Infotep) de San Juan del Cesar (La Guajira).

<sup>24</sup> Si bien la norma se refiere a "notificación" de providencias, esta es aplicable al caso concreto, pese a que los actos electorales de carácter particular no se notifican sino que se publican.

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,

**IV. FALLA**

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda de nulidad del acto de elección del señor Ignacio Mantilla Prada como Rector de la UNAL para el período 2015-2018.

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

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

## NULIDAD - SENTENCIA

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral/ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Resolución que decide solicitud de registro del símbolo o emblema el grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático/FALSA MOTIVACIÓN - Surge cuando el sustento fáctico no corresponde al apoyo jurídico invocado/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Incurrió en falsa motivación**

Corresponde a la Sala determinar si los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por desviación de poder y/o falsa motivación. En efecto, en la audiencia inicial se fijó el litigio de la siguiente manera:

"i) ¿Las Resoluciones 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad por falsa motivación porque no es cierto, como se fundamenta en ellas, que los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, modificatorios de los artículos 258 y 265 de la Constitución, variaron la interpretación del artículo 5º de la Ley 130 de 1994 y la doctrina constitucional sentada en la sentencia C-089 de 1994, de tal modo que actualmente el derecho a denominar las organizaciones políticas y establecer sus emblemas no permite que se empleen el nombre y la imagen de personas naturales?;

ii) ¿Las Resoluciones N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad por desviación de poder porque los integrantes de esa entidad buscaron favorecer a las organizaciones políticas que los eligieron en dicho organismo, mediante la obstaculización de las aspiraciones políticas del Grupo Significativo de Ciudadanos "Uribe Centro Democrático"? y

iii) ¿Las Resoluciones 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad porque vulneraron el derecho a la igualdad del Grupo Significativo de Ciudadanos "Uribe Centro Democrático", dado que la misma entidad de la Organización Electoral a través

de la Resolución N° 0160 de 15 de enero de 2014, registró el símbolo, emblema o logotipo el cual hace parte de la Corporación Nelson Mandela, que ha inscrito candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial afrodescendiente. 'Maviva Constituida conforme a los ideales de igualdad, libertad y participación de su inspirador'? (...) de lo expuesto la Sala concluye que las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014 están viciadas de nulidad por "falsa motivación", comoquiera que existe divergencia entre los argumentos que sirvieron de base para proferir los actos acusados y los que realmente debieron utilizarse. Lo anterior porque: El principio democrático que permea nuestro ordenamiento jurídico, tiene como premisas fundamentales la libertad y el pluralismo, de forma tal que el concepto de democracia, no se limita a la participación de solo una corriente de pensamiento, y por el contrario, busca que en la vida política estén representados los más variados y diversos intereses, incluso los más radicales, pues solo así se puede hablar de un sistema democrático en sentido estricto.

El marco constitucional colombiano concedió la más amplia libertad a los ciudadanos, para que en el ejercicio de los derechos políticos, pudieran conformar agrupaciones políticas sin limitación alguna, discrecionalidad que incluye la facultad de escoger el nombre y el símbolo de su preferencia para su organización.

La prohibición consistente en que la denominación de un conglomerado político no puede aludir a nombres o imágenes de personas, fue declarada inexecutable, en sentencia de control abstracto de constitucionalidad que hizo tránsito a cosa juzgada absoluta.

La Sentencia C-089 de 1994, a través de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición relativa a que la denominación de una agrupación política no puede referirse a nombres de personas, no se convirtió en cosa juzgada relativa, toda vez que, en el caso concreto no se materializan los supuestos para restarle eficacia a dicho fallo. Pese a que los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 introdujeron importantes modificaciones en el régimen constitucional colombiano, dichas reformas:

i) no tienen la potencialidad de “revivir” la prohibición declarada inconstitucional,

ii) dejaron incólume el fundamento normativo que, en su momento, tomó la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la aludida prohibición y

iii) no introdujeron ni de forma tácita ni expresa la proscripción en comento. No se probó la vulneración al derecho a la igualdad por haber escogido el nombre “Uribe Centro Democrático” como denominación del grupo significativo de ciudadanos, razón por la cual no se puede, con base en el principio de precaución, limitar el derecho de dicha agrupación a conformar organizaciones políticas sin limitación alguna.

Nota de Relatoría: Con auto de 22 de octubre de 2015, se aclara la sentencia.

Norma demandada: Resolución 3443 de 2013 (2 de diciembre) Consejo Nacional Electoral (anulada)/Resolución 0103 de 2014 (10 de enero) Consejo Nacional Electoral (Anulada)

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00

Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra

Demandado: Consejo Nacional Electoral

Simple Nulidad – Sentencia de Unificación

La Sala procede a proferir sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano Pedro Felipe Gutiérrez interpuso demanda de simple nulidad contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 *“por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático”* y contra la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014 *“por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático”*.

Para el efecto, presentó la siguiente pretensión:

*“Que son nulas las resoluciones del Consejo Nacional Electoral 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, la primera que resolvió denegar la solicitud de registro de la denominación, símbolo y emblema del grupo significativo de ciudadanos ‘Uribe Centro Democrático’, y, la segunda, que decidió (...) Confirmar la decisión proferida mediante la Resolución No. 3443 del 02 de diciembre de 2013 (...).” (Fl. 1)*

**1.2. Los hechos**

El actor informó que para inscribir como candidatos a aquellas personas que carezcan de partido o movimiento político la ley prevé que la postulación se realice a través de un grupo significativo de ciudadanos, el cual apoyará las candidaturas mediante la consecución de firmas.

Sostuvo, que el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos autodenominado *“Uribe Centro Democrático”* el 18 de noviembre de 2013, presentó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil –en adelante RNEC– un total de 625.700 firmas en respaldo a la lista de candidatos al Congreso de la República apoyada por dicho movimiento.

Adujo que de manera simultánea a la inscripción de los candidatos ante la RNEC, el comité promotor solicitó ante el Consejo Nacional Electoral –en adelante CNE– el registro del siguiente nombre y logo-símbolo:



Señaló que el CNE mediante Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 negó el registro del nombre y logo-símbolo de ese grupo significativo de ciudadanos, aduciendo que no se podían registrar nombres, apellidos ni fotos de personas, porque los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 impedían que los debates políticos se centraran exclusivamente en una persona.

Afirmó que frente a la decisión del CNE de no inscribir el nombre y logo del grupo *“Uribe Centro Democrático”*, el comité promotor interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto en la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014, acto que confirmó la resolución recurrida y que se notificó solo hasta el 22 de abril de 2014.

El accionante manifestó que pese a la argumentación esbozada por el CNE en los actos acusados, para la misma época, sí registró el nombre y logo-símbolo del grupo significativo de ciudadanos denominado *“Corporación Nelson Mandela”* quien inscribió un candidato por la circunscripción especial de afrodescendientes.

Sostuvo que debido a la negativa de inscribir el nombre "Urbe Centro Democrático", este grupo significativo de ciudadanos tuvo que modificar su denominación y logotipo así:



Indicó que el nombre "Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande" con su respectivo símbolo, si se registró por el CNE mediante Resolución N° 0195 de 17 de enero de 2014, razón por la cual el grupo significativo de ciudadanos que inicialmente se autodenominó "Urbe Centro Democrático" tuvo que participar en la contienda electoral con el nombre de "Centro Democrático", lo cual generó confusión en el electorado.

Finalmente, refirió que en las elecciones del 9 de marzo de 2014 el grupo significativo de ciudadanos "Centro Democrático" obtuvo entre 19 y 20 curules en el Senado<sup>1</sup>.

### 1.3. Los actos acusados

El actor afirma que se encuentran viciados de nulidad los siguientes actos:

1. La Resolución N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 "Por medio del (sic) cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Urbe Centro Democrático", expedida por el CNE en la que se decidió:

*"Artículo Primero: Denegar la solicitud de registro de la denominación, Símbolo (sic) y emblema del grupo significativo de ciudadanos 'Urbe Centro Democrático', presentada por los señores DIEGO JOSÉ (sic) TOBON (sic) ECHEVERRI, CAMILO ALEJANDRO MARTINEZ (sic) NAVARRETE Y CAMILO ANDRES (sic) ROJAS MACIAS (sic), en condición de miembros del comité promotor, por las razones expuestas en la parte motiva.*



*Artículo Segundo: Notificar la presente Resolución a los señores DIEGO JOSÉ (sic) TOBON (sic) ECHEVERRI, CAMILO ALEJANDRO MARTINEZ (sic) NAVARRETE Y CAMILO ANDRES (sic) ROJAS MACIAS (sic), de acuerdo a los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso (sic) Administrativo. (...)"<sup>2</sup>*

Para sustentar la anterior decisión el CNE esgrimió, en síntesis, los siguientes argumentos:

- Las reformas legislativas de los años 2003 y 2009 impiden que los debates electorales se centren exclusivamente en una persona, razón por la cual no se puede registrar como denominación o símbolo de un grupo significativo de ciudadanos el nombre, apellido y/o imagen de una persona natural.
- A su juicio, esta regla se aplica independiente de si esa persona natural es o no candidato en las elecciones a surgir, pues permitir esa clase de registros derivaría en la violación del derecho a la igualdad material, además de generar confusión en el electorado.
- El símbolo cuyo registro se solicitó no logra identificar con claridad el partido o movimiento político, pues confunde la persona que funge como candidato con el grupo que lo avala y este mero hecho genera que se de prelación de unas ideas sobre otras.
- La inclusión de la foto de un candidato dentro del logo-símbolo del grupo significativos de ciudadanos, permite inducir al electorado a votar por un determinado participante en las elecciones, lo cual viola los principios que permean el derecho al voto.
- A su parecer, una de las características del voto que se afecta es aquella que enuncia que dicho derecho debe ser ejercido con libertad.
- El nombre y símbolo a registrar por la autoridad electoral, debe identificar al partido y no los candidatos, comoquiera que avalar la candidatura de un determinado individuo no puede ser el fin último de la organización política.
- Registrar la imagen de una persona natural, que además funge como candidata en las elecciones próximas, va en contravía del diseño de las tarjetas electorales.
- Permitir que se registre el nombre y la imagen intervenida del señor Álvaro Uribe Vélez genera tensión entre el derecho de propiedad, que sobre la denominación y símbolo nace para los partidos políticos y los derechos personalísimos de los que goza el citado ciudadano.

2. La Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014 "Por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución No. 3443 del 2 de Diciembre de 2013 (...)" expedida por el CNE en la que se confirmó la decisión de negar el registro del nombre y símbolo del grupo "Urbe Centro Democrático"<sup>3</sup>.

En esta oportunidad, el CNE reiteró, casi que en su integridad, los argumentos antes expuestos y recalco que la Ley 130 de 1994 se interpretó de acuerdo a su contexto, sin desconocer ningún tipo de jurisprudencia y que los pronunciamientos realizados en la sentencia C-089 de

<sup>1</sup> Según información obtenida de la página del senado de la República <http://www.senado.gov.co/el-senado/senadores>, las curules ocupadas por miembros del Centro Democrático son 20.

<sup>2</sup> Folios 34 a 46.

<sup>3</sup> Folios 50 a 67.

1994 perdieron vigencia en razón a la expedición de dos reformas políticas “que discontinuaban el soporte (...) con que contaba la ratio decidendi de la sentencia que realiza control de constitucionalidad de la Ley 130 de 1994”<sup>4</sup>.

#### 1.4. Los cargos de nulidad

El actor invocó como normas infringidas las disposiciones contenidas en el artículo 40 de la Constitución<sup>5</sup>, el artículo 5º de la Ley 130 de 1994<sup>6</sup> y el 35 de la Ley 1475 de 2011<sup>7</sup>. Igualmente, sostuvo que el CNE desconoció el precedente establecido en las sentencias de constitucionalidad C-089 de 1994 y C-490 de 2011.

En esta misma línea argumental, el señor Gutiérrez afirmó que los actos acusados se encuentran viciados de las causales de nulidad denominadas “falsa motivación” y “desviación de poder”. Para sustentar esta postura expuso los siguientes argumentos:

<sup>4</sup> Folio 66 del Expediente.

<sup>5</sup> Artículo 40. Constitucional: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

<sup>6</sup> Artículo 5º Ley 130 de 1994: Denominación símbolos. Los partidos y los movimientos políticos son propietarios de su nombre y del símbolo que hayan registrado en el Consejo Nacional Electoral. Estos no podrán 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. El nombre del partido o movimiento no podrá en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la patria o con emblemas estatales. En las campañas electorales y en las demás actividades del partido o movimiento sólo se podrá usar la denominación estatutaria o su abreviatura o sigla, las denominaciones suplementarias deberán ser autorizadas por el órgano del mismo que señalen los estatutos. Los organismos que se escindan del partido o movimiento perderán el derecho a utilizar total o parcialmente la denominación y el símbolo registrado y las sedes correspondientes.

<sup>7</sup> Artículo 35 Ley 1475 de 2011. Propaganda electoral. Entiéndase por propaganda electoral toda forma de publicidad realizada con el fin de obtener el voto de los ciudadanos a favor de partidos o movimientos políticos, listas o candidatos a cargos o corporaciones públicas de elección popular, del voto en blanco, o de una opción en los mecanismos de participación ciudadana.

La propaganda a través de los medios de comunicación social y del espacio público, únicamente podrá realizarse dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la respectiva votación, y la que se realice empleando el espacio público podrá realizarse dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la respectiva votación.

En la propaganda electoral sólo podrán utilizarse los símbolos, emblemas o logotipos previamente registrados ante el Consejo Nacional Electoral por los partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, coaliciones o comités de promotores, los cuales no podrán incluir o reproducir los símbolos patrios, los de otros partidos o movimientos políticos, ni ser iguales o generar confusión con otros previamente registrados.

(i) El CNE con su actuar buscó favorecer a otros partidos y obstruir la actividad política del grupo significativo de ciudadanos “Uribe Centro Democrático”, que no tenía representación en esa entidad de la organización electoral.

A su juicio, prueba de lo anterior es el hecho de que a los cinco días de haberse expedido la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014 por medio de la cual se mantuvo la decisión de no registrar el nombre “Uribe Centro Democrático”, el CNE por medio de la Resolución N° 0160 reconoció como organización política a la Corporación “Nelson Mandela”.

(ii) El CNE erró cuando afirmó, en la Resolución N° 103 de enero de 2014 que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-089 de 1994 perdió vigencia a raíz de las reformas adoptadas con los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009. Por ello, dicho precedente constitucional es plenamente aplicable al caso concreto y en consecuencia el nombre y símbolo del grupo “Uribe Centro Democrático” debió haberse registrado.

En efecto, a su juicio, el propósito tanto de las reformas políticas de los años 2003 y 2009, así como el de la sentencia C-089 de 1994, era propender por la protección del estado democrático y participativo. Por lo tanto, ante la permanencia de esos principios constitucionales en el ordenamiento Superior resulta infundado sostener que la *ratio decidendi* del citado fallo de constitucionalidad desapareció.

(iii) En contra de los razonamientos vertidos en los actos impugnados, el numeral 3º del artículo 40 de la Constitución reconoce el derecho a constituir organizaciones políticas “sin limitación alguna” y, por ello, el CNE no podía limitar el derecho del grupo significativo de ciudadanos a denominarse “Uribe Centro Democrático” y a identificarse con el rostro de su inspirador y fundador.

(iv) Sostuvo que detrás de los actos acusados estaba el deseo de los integrantes del CNE de hacer perder identidad al grupo significativo de ciudadanos “Uribe Centro Democrático”, para así debilitarlo políticamente en las elecciones del 9 de marzo de 2014.

(v) El argumento según el cual la modificación introducida al artículo 258 Superior con el Acto Legislativo 01 de 2003, referida al diseño de las tarjetas electorales, impide que se registren nombre y fotos de personal naturales carece de asidero jurídico.

En este mismo orden de ideas, precisó que desde el texto original de los artículos 108 y 258 de la Constitución, e incluso en el artículo 93 del Código Electoral, se contemplaba la posibilidad de incluir en la tarjeta electoral el nombre de los candidatos y de las organizaciones políticas, lo cual desvirtuó la tesis de que las reformas políticas promovidas por los Actos Legislativos consagraron la prohibición pregonada por el CNE.

(vi) Las reformas constitucionales de los años 2003 y 2009 no prohibieron que las organizaciones políticas se denominaran como una persona natural ni que se identificaran con su imagen, máxime si se tiene en cuenta que ninguno de esos actos legislativos varió las funciones de regulación, vigilancia y control asignadas al CNE respecto a las restricciones al derecho a fundar organizaciones políticas.

(vii) Puso de presente que la única limitación contemplada en la ley en lo que concierne al nombre y símbolo de los partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos está estipulada en el artículo 5º de la Ley 130 de 1994, disposición que consagra que ni el nombre ni el logo de la organización política tendrá puntos de contacto con símbolos patrios o emblemas estatales, siendo claro que ni el nombre "Uribe Centro Democrático" ni el logo con la imagen de su fundador se encuentran inmersos en la prohibición antes anotada, porque no aluden a ningún signo o insignia estatal.

(viii) El artículo 35 de la Ley 1475 de 2011 ratificó la vigencia de la *ratio decidendi* de la sentencia C-089 de 1994, en atención a que en esa normativa se estableció que la propaganda electoral no puede incluir los símbolos patrios, los nombres de otras organizaciones políticas ni prestarse a confusión con los registrados por otros movimientos o partidos políticos.

Finalmente, afirmó que: "(...) los artículos 5 de la ley 130 de 1994 y el 35 de la [Ley] 1475 de 2011, así como las sentencias C-089 de 1994 y C-490 de 2011, coinciden en que la restricción al registro y difusión de propaganda electoral respecto del nombre, logotipo, emblema o símbolo de las organizaciones políticas solo se da en cuanto a la utilización '...de símbolos patrios, los de otros partidos, o movimientos políticos, ni ser iguales o generar confusión con otros previamente registrados'. En ninguna parte la norma impide que organizaciones políticas se denominen de una u otra manera, así se trate de utilizar un apellido o un nombre".

## 2. Trámite procesal

Mediante auto del 1º de julio de 2014, el Despacho Ponente admitió la demanda de nulidad presentada por el señor Felipe Gutiérrez y ordenó la notificación personal del Consejo Nacional Electoral, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

## 3. Contestación de la demanda

El apoderado del CNE, mediante escrito presentado el 6 de octubre de 2014 (fls. 142 a 157), se opuso a las pretensiones de la demanda. Para el efecto manifestó que el régimen constitucional y legal de las organizaciones políticas se basa en "la necesidad de identificación y diferenciación ideológica", lo cual les concede la propiedad sobre su nombre y símbolo e impide su utilización por otros colectivos.

Con base en el anterior argumento, señaló que la identidad de un partido o movimiento político debe perdurar por encima de las personas que lo conforman, lo cual refuerza la inviabilidad de registrar nombres, apellidos o fotografías de un candidato.

Afirmó que no es posible registrar nombres, apellidos o imágenes de una persona natural, pues los derechos personalísimos entrarían en tensión con los derechos de la organización política, toda vez que, estarían en juego los derechos de la persona natural a la imagen, al nombre, etc.

Para evidenciar la tensión que se podría llegar a producir entre los derechos personalísimos y los derechos de propiedad que nacen para la organización política respecto a su denominación, la entidad demanda realizó los siguientes cuestionamientos: ¿qué pasaría si la persona natural que prestó su nombre e imagen para la identificación del partido o movimiento decide retirarse del mismo?; ¿podría dicho ciudadano solicitar que la organización se despoje del nombre registrado? O ¿podría evitar que la organización siga utilizando su nombre e imagen?

De la misma manera sostuvo que la Constitución de 1991 desarrolló el principio de representación y democracia participativa, la cual solo se logra si existe equidad e igualdad en las contiendas electorales y que por ello, en aras a materializar dicho postulado, el Constituyente elevó a rango constitucional la institución del CNE y le asignó el deber de velar por "la validez, eficacia, legitimidad del voto y de las elecciones".

Según su parecer, las funciones primigenias asignadas al CNE por la Constitución se reforzaron cuando con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009 se le otorgó la atribución de controlar todas las actividades electorales con el objetivo único de "garantizar el desarrollo de un proceso político que resulte equilibrado, leal y pluralista entre las distintas fuerzas que contienden".

Igualmente, indicó que en las reformas constitucionales tanto del año 2003 como del 2009 se propendió por fomentar a los partidos políticos como organizaciones autónomas y desligadas de la persona que las representa, lidera o inspira sus ideales.

Manifiesto que fue bajo el anterior postulado que el CNE profirió las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014, en aras a "propender por debates electorales o políticos que no se centren en una persona; y que sean las estructuras ideológicas las llamadas a predominar; alejándose de un interés particular o coyuntural que afecte el estado democrático representativo y participativo (...)".

Adujó que permitir que el nombre y/o imagen de un candidato sea de manera simultánea nombre y logotipo del grupo significativo de ciudadanos que avala su candidatura, supondría una violación a las reglas que sobre propaganda electoral estatuyó el legislador, pues es obvio que dicho candidato

obtendría mayor publicidad que otros aspirantes a los cargos de elección popular, debido a que su rostro y nombre no solo serían visibles cuando se promocionara su candidatura, sino que además estos elementos también estarían presentes cuando otros candidatos del mismo movimiento o partido político publicitaran su campaña.

De la mano con lo anterior, la entidad demandada aseveró que con base en el principio de interpretación sistemática se puede colegir con claridad que la función de vigilancia del CNE sobre la publicidad busca “*conservar el equilibrio informativo que mantienen los símbolos y logos que representan una ideología, (...)*”. Según su parecer, esa armonía o igualdad solo se logra evitando que los partidos políticos y los grupos significativos de ciudadanos se identifiquen con el nombre, apellido y/o imagen de una persona natural.

Indicó que permitir el registro de un nombre, apellido o imagen de una persona natural ocasiona confusión en el electorado, pues estos últimos no podrán diferenciar el candidato de la organización política, lo cual va en contravía del espíritu de las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la Ley 130 de 1994 y 35 de la Ley 1475 de 2011.

Asimismo, resaltó que el sistema electoral colombiano vela por la transparencia del voto<sup>8</sup>, él que además según el artículo 258 Superior debe ejercerse “*de manera igualitaria*” de modo que en las circunstancias actuales a ningún candidato le ha sido posible poner en la tarjeta electoral su nombre y/o la imagen de su rostro y, por ello, tampoco sería viable que estos mismos elementos se encuentren en la denominación y/o símbolo de la organización política.

A su juicio, avalar la postura del demandante iría en contra del diseño de las tarjetas electorales, pues no se puede afirmar que en el tarjetón este vedado que se utilice el nombre e imagen del candidato, pero que esa misma grafía se utilice en la identificación de un partido o grupo significativo de ciudadanos.

Aseguró que la posición del CNE de negar la inscripción del nombre “*Uribe Centro Democrático*” se inspiró en el derecho a la igualdad, tesis que se concibió de manera general y abstracta, sin distinción de actores políticos y sin el ánimo de favorecer o perjudicar a alguien en concreto.

Finalmente, y con el objeto de probar la anterior afirmación señaló que la tesis de no inscribir nombres ni imágenes de una persona natural fue prohijada por el CNE en el año 2006 fecha en la cual: i) se profirió la Resolución N° 158 de 6 de febrero de 2006 “*Por la cual se niega el registro del nuevo símbolo del Movimiento Político Compromiso Cristiano con la Comunidad*”. y ii) se expidió la consulta 0651-06 de 16 de marzo de 2006 en la cual se esbozaron los “*argumentos para negar la utilización del nombre o la fotografía de un candidato como logotipo o símbolo de un partido o movimiento político*”, a su juicio, estos antecedentes evidencian que la decisión de negar el registro del nombre “*Uribe*

*Centro Democrático*” NO tuvo por finalidad, como el demandante sostiene, perjudicar a dicho grupo significativos de ciudadanos, sino materializar los fines planteados en la Constitución a raíz de las reformas del año 2003 y 2009.

#### 4. La audiencia inicial

El 1º de diciembre de 2014 se llevó a cabo audiencia inicial en la cual se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

En efecto, en el marco de la audiencia inicial se tuvieron como tales las pruebas documentales solicitadas por el demandante. No obstante, de conformidad con el artículo 168 del Código General del Proceso<sup>9</sup>, el Despacho Ponente negó la prueba consistente en oficiar al CNE para que certificara el número de curules que obtuvo en el Senado de la República la organización “*Centro Democrático*”, puesto que aquella resultaba impertinente e inconducente, toda vez que, en nada ayudaba a develar si los actos acusados se expidieron con falsa motivación, desviación de poder o con violación al derecho a la igualdad.

Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de súplica.

#### 5. El recurso de súplica

Una vez surtido el trámite establecido en el artículo 246 del CPACA la Sala, con exclusión del consejero que profirió la decisión, confirmó la providencia por medio de la cual se negó la prueba solicitada, comoquiera que aquella era impertinente e inconducente porque en nada ayudaba a responder los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio.

#### 6. Los alegatos de conclusión

Mediante auto del 26 de enero de 2015, el Despacho Ponente decidió prescindir de la audiencia de pruebas y de conformidad con el artículo 181 del CPACA ordenó la presentación, por escrito, de los alegatos de conclusión.

Frente a esta decisión no se propuso recurso alguno, razón por la cual aquella quedó en firme.

Así pues, en el marco del proceso de la referencia se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

##### 6.1. Consejo Nacional Electoral

Mediante escrito radicado el 11 de febrero de 2015 en la Secretaría de la Sección Quinta, el Consejo Nacional Electoral presentó sus alegatos de conclusión y solicitó que se negaran las pretensiones formuladas en la demanda, en consideración

<sup>8</sup> Para el efecto citó la sentencia C-142 de 1994.

<sup>9</sup> Aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa desde el 1º de enero de 2014.

a que: i) los actos acusados se expidieron conforme a derecho; ii) las resoluciones atacadas se profirieron por los funcionarios competentes y iii) no existe en el expediente ninguna prueba que acredite los vicios endilgados.

En efecto, adujo que de las pruebas obrantes en el expediente no era posible demostrar que las resoluciones atacadas y expedidas por la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral se profirieron con “*desviación de poder*” o con el objetivo de favorecer a otras organizaciones diferentes al grupo significativo de ciudadanos “*Uribe Centro Democrático*”.

A su juicio, de las pruebas documentales que conforman el plenario lo único que se puede determinar es qué partidos políticos postularon a los miembros del Consejo Electoral y que ese mero hecho no se puede trasladar “*como prueba que determine una motivación política de carácter ilegal tendiente a la consecución de maniobras obstaculizadoras de una organización política sobre otra*”, porque aceptar que la afinidad política de los magistrados incide en las decisiones del CNE, sería afirmar que todas las decisiones en las que se abordaran temas relacionados con grupos significativos de ciudadanos o partidos y movimientos políticos diferentes a aquellos que eligieron a los magistrados del CNE, se encuentran viciadas de nulidad.

Manifestó que de conformidad con los parámetros jurisprudenciales fijados respecto al concepto de “*desviación de poder*”<sup>10</sup>, se puede colegir con toda claridad que en el proceso no hay medios de convicción que acreditaran dicho vicio de nulidad.

Señaló que no existe “*falsa motivación*”, comoquiera que esta causal de nulidad está referida a que los hechos con base en los cuales se adoptó la decisión no fueron probados, son inexistentes o no son veraces, siendo claro que en el caso concreto no se presenta ninguno de estos supuestos, porque el único argumento que el demandante tiene para probar la causal de nulidad alegada es que el CNE realizó una interpretación de la norma constitucional diferente a la que él esgrime.

Así las cosas, para el CNE no existió falsa motivación por “*falta de aplicación de la norma*”, porque tanto la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 como la Resolución N° 0103 de enero de 2014 se fundamentaron en la sentencia C-1081 de 2005, providencia que fue posterior a la C-089 de 1994 y que recoge la reforma constitucional del año 2003.

10 El CNE se refiere a la sentencia del 29 de junio de 2011 proferida en radicado N° 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09) C. P. Gustavo Gómez Aranguren en la que respecto a la desviación de poder se afirma: “*La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (1) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario–, (2) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración distimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías*”.

Refirió que, contrario a lo sostenido por el demandante, las resoluciones atacadas no podían fundarse en la sentencia C-089 de 1994 debido a que dicho fallo perdió su eficacia al desaparecer su sustento jurídico, pues con la expedición de las reformas constitucionales del año 2003 y 2009 que abogaron por el fortalecimiento de los partidos políticos, desaparecieron las normas con base en las cuales la Corte Constitucional adoptó esa decisión.

Aunado a lo anterior, manifestó que el Acto Legislativo N° 01 de 2003 impuso la necesidad de eliminar los personalismos en los partidos políticos, para en su lugar dar cabida a la propuesta ideológica de la organización política, siendo ese precisamente el objetivo que buscó materializar con las resoluciones demandadas.

Pese a que en ningún momento se estructuró como cargo de nulidad el referido a “*infracción a norma superior*”, el CNE realizó pronunciamiento expreso al respecto e indicó que dicho vicio no se acreditó, porque la interpretación prolijada por esa Corporación fue la misma que adoptó la Corte Constitucional en la sentencia C-1081 de 2005<sup>11</sup>.

Asimismo, sostuvo que la divergencia de interpretaciones sobre la norma constitucional no configura la causal de falsa motivación.

Señaló, que con la decisión de no inscribir el nombre “*Uribe Centro Democrático*” el CNE quiso garantizar el derecho fundamental al voto, pues consideró que esa denominación afectaba la transparencia e igualdad del sufragio. Por ello, las resoluciones atacadas propendían por proteger la equidad informativa en materia electoral y garantizar la libre decisión del elector, tal como disponen los artículos 13, 40 y 258 Superiores y como fuera avalado por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011.

Finalmente, reiteró que la decisión del CNE no se llevó a cabo con la finalidad de limitar a uno u otro actor político en la contienda electoral, por el contrario se realizó de manera general, abstracta atendiendo a una repartición igualitaria de los elementos gráficos y a los postulados constitucionales contenidos en las reformas de los años 2003 y 2009.

## 6.2. El demandante

En escrito radicado el 16 de febrero de 2015, el accionante sin realizar consideración adicional, se reafirmó en los argumentos expuestos en la demanda.

11 En dicha sentencia se ejerció control constitucional al “*Reglamento 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se regula el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003*”. En dicho fallo se declaró exequible dicho reglamento, salvo algunas disposiciones, y al analizar los objetivos de la reforma política del año 2003 se puso de presente que uno de sus fines era terminar con el personalismo o “*agenciamiento*” político que imperaba en el sistema electoral colombiano.

## 7. El Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda en atención a que ninguna de las causales de nulidad se acreditó en el expediente. Para el efecto, expuso:

a) Frente a la falsa motivación:

A juicio del Ministerio Público, no se configuró el vicio de falsa motivación porque el fin de las reformas constitucionales introducidas con los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 era fortalecer los partidos y movimientos políticos, más allá de su líder, es decir, superando el “*personalismo*” en las agrupaciones políticas.

Así las cosas, las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014, al negar la inscripción del nombre y símbolo del grupo “*Uribe Centro Democrático*” pretendió materializar los postulados que inspiraron las reformas constitucionales.

Afirmó, que no es posible avalar el entendimiento según el cual solo la sentencia C-089 de 1994 podía servir como fundamento de las resoluciones demandadas, porque lo vinculante de esa sentencia es su *ratio decidendi* y no los *obiter dicta*.

b) Frente a la desviación de poder.

Respecto a esta causal de nulidad, la vista fiscal consideró que no había prueba del supuesto favorecimiento que se le dio a las otras agrupaciones políticas con las resoluciones demandadas, pues en aquellos actos el CNE únicamente cumplió con su deber de velar por el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos despojando a aquellos del elemento personalista que querían imprimirle los miembros del grupo significativo de ciudadanos.

c) Frente a la violación al derecho a la igualdad.

Finalmente, manifestó que, a su juicio, no existe violación al derecho a la igualdad porque la referencia a la resolución con la cual se inscribió el nombre de la “*Corporación Nelson Mandela*”, se utilizó para probar la desviación de poder.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta para conocer de este proceso de simple nulidad está fijada en lo dispuesto en el artículo 149 numeral 1 del CPACA; al igual que por lo normado en 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.

## 2. Cuestión previa

Como se precisó en el auto admisorio de la demanda<sup>12</sup>, el medio de control a través del cual se cuestionó la legalidad de las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014 es el de simple nulidad<sup>13</sup>, razón por la cual, es menester recalcar que la decisión que se adoptará en esta providencia **no genera restablecimiento automático del derecho**.

En otras palabras, si se llegaren a eliminar del ordenamiento jurídico las resoluciones acusadas, ello no traería como consecuencia el restablecimiento automático de la denominación “*Uribe Centro Democrático*”. Esto, máxime cuando por Resolución No. 0195 de 2014, se reconoció a favor, del otrora grupo significativo de ciudadanos, el nombre y símbolo “*Centro Democrático – Mano firme, corazón grande*”.

## 3. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar si los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por desviación de poder y/o falsa motivación. En efecto, en la audiencia inicial se fijó el litigio de la siguiente manera:

*“I) ¿Las Resoluciones 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad por falsa motivación porque no es cierto, como se fundamenta en ellas, que los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, modificatorios de los artículos 258 y 265 de la Constitución, variaron la interpretación del artículo 5° de la Ley 130 de 1994 y la doctrina constitucional sentada en la sentencia C-089 de 1994, de tal modo que actualmente el derecho a denominar las organizaciones políticas y establecer sus emblemas no permite que se empleen el nombre y la imagen de personas naturales?”*

*II) ¿Las Resoluciones N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad por desviación de poder porque los integrantes de esa entidad buscaron favorecer a las organizaciones políticas que los eligieron en dicho organismo, mediante la obstaculización de las aspiraciones políticas del Grupo Significativo de Ciudadanos “Uribe Centro Democrático”? y*

*III) ¿Las Resoluciones 3443 de 2 de diciembre de 2013 y 103 de 10 de enero de 2014, expedidas por el CNE, están viciadas de nulidad porque vulneraron el derecho a la igualdad del Grupo Significativo de Ciudadanos “Uribe Centro Democrático”, dado que la misma entidad de la Organización Electoral a través de la Resolución N° 0160 de 15 de enero de 2014 “Por*

<sup>12</sup> Esta misma consideración se realizó en auto admisorio del 1° de julio de 2014.

<sup>13</sup> Contenido en el artículo 137 del CPACA.

*medio de la cual se decide una solicitud de registro de Símbolo, Emblema o Logosímbolo”, registró El símbolo, emblema o logosímbolo el cual hace parte de la Corporación Nelson Mandela, que ha inscrito candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial afro-descendiente. ‘Madiva constituida conforme a los ideales de igualdad, libertad y participación de su inspirador’ [Imagen de puño cerrado]”<sup>14</sup>*

Debido a la variedad de problemas jurídicos fijados, la Sala a efectos de dilucidar todos y cada uno de los planteamientos que rodean el caso concreto y por efectos metodológicos, en estricto orden, se ocupará de los siguientes asuntos:

**En primer lugar**, se estudiará el cargo relativo a la desviación de poder para lo cual contrastará la definición que al respecto se ha prolijado y los elementos probatorios que se encuentran en el expediente, para determinar si el vicio se encuentra acreditado o no, para posteriormente elaborar las respectivas conclusiones.

**Y en segundo lugar**, abordará el cargo de “falsa motivación”. Para el examen de este cargo se analizarán básicamente dos asuntos de forma tal que la Sala pueda referirse, por separado, a los argumentos con los que el CNE estructuró la motivación de los actos que se acusan.

Así, primero, la Sala se ocupará del contexto constitucional actual y sus implicaciones respecto de la conformación de conglomerados políticos. En este marco se revisará lo relativo a:

- i) el concepto de democracia,
- ii) la conformación de los partidos políticos en Colombia,
- iii) el efecto de cosa juzgada de la sentencia C-089 de 1994 y
- iv) la supuesta prohibición de incluir el nombre y/o imagen de una persona natural en la denominación de las organizaciones políticas, después de la expedición de los Actos Legislativos No. 01 de 2003 y 2009

A su vez, y comoquiera que el otro de los argumentos centrales esgrimidos por el CNE para defender la legalidad de los actos acusados es que con ellos se buscó proteger el derecho a la igualdad de otras organizaciones políticas, en segundo lugar, la Sala se ocupará de este tópico con el fin de analizar si la protección del derecho a la igualdad de las demás colectividades es un argumento válido para negar la inscripción del nombre y logo del grupo significativo de ciudadano autodenominado “Uribe Centro Democrático”.

### 3.1. Cargo de desviación de poder

Como se anunció en precedencia, uno de los reproches que se formula a las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013

<sup>14</sup> Folio 169 del Expediente.

y N° 103 de enero de 2014 es que las mismas se profirieron con desviación de poder. En consecuencia, para develar si los actos acusados se profirieron ilegalmente, es necesario precisar lo que se entiende por el vicio que se predica de las citadas resoluciones.

En efecto, la desviación de poder, contemplada en el artículo 137 del CPACA como la “desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”, es una causal de nulidad de los actos administrativos que se presenta: “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”<sup>15</sup>.

Al respecto, la Sección Quinta mediante sentencia de octubre de 2013<sup>16</sup> sostuvo que la desviación de poder no solo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el evento en el que “es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”<sup>17</sup>.

Así pues, existe desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley.

En el caso concreto, el demandante aduce que esta causal de nulidad se configuró en las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014, porque con ellas el fin perseguido por el Consejo Nacional Electoral era privilegiar a los partidos políticos que eligieron a los magistrados que conforman dicha autoridad y obstaculizar las aspiraciones políticas del grupo “Uribe Centro Democrático”.

Para sustentar sus afirmaciones la parte actora aportó:

- Copia autentica de la Resolución N° 0160 de 15 de enero de 2014 por medio de la cual el CNE registró el nombre y símbolo de la Corporación Nelson Mandela, quien para inscribir candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial afrodescendiente solicitó el registro del nombre: “Madiva Constituida conforme a los ideales de igualdad, libertad y participación de su inspirador’ [Imagen de puño cerrado]”. (Fls.72-79)

<sup>15</sup> Ver Sentencia C-456/98 M. P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 31 de octubre de 2013, radicado N° 11001-03-28-000-2012-00040-00 C. P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>17</sup> Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986, pág. 443.

- Documento suscrito por el CNE en el cual dicha Corporación informó al demandante los nombres de los magistrados que intervinieron en la adopción de las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013, N° 0103 de enero de 2014, N° 104 de 2014 y N° 0160 de 15 de enero de 2014. (fls.91-92)

Igualmente, después del decreto de pruebas realizado en la audiencia inicial se aportaron al proceso los siguientes documentos:

- Gaceta del Congreso N° 52 de marzo de 2012 que contiene el acta del de la sesión realizada el 15 de diciembre de 2011, en la cual el Congreso en pleno dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 6 de octubre de 2011 y eligió nuevamente a los magistrados del Consejo Nacional Electoral. (fls. 198- 217).
- Gaceta del Congreso N° 696 de septiembre de 2010 contentiva del acta de la sesión del 30 de agosto de 2010 en la cual el Congreso en pleno eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral. (Fls. 219-231).

Del análisis integro de los documentos antes descritos se desprende que:

(i) Atendiendo a que el CNE prohijó la tesis de que no era viable registrar el nombre y/ imagen de una persona natural como denominación de un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, la Corporación Nelson Mandela, en aras a participar en los comicios realizados el 9 de marzo de 2014, en escrito del 14 de enero de 2014 modificó la solicitud inicialmente presentada<sup>18</sup> y en su lugar solicitó el registro del nombre “*Madiva*” con la imagen de un puño cerrado para identificarse en las elecciones antes descritas (fl. 73).

El CNE registró dicha denominación ya que, según su criterio, dicha fonética y grafía “*no se refiere a ningún nombre o apellido de persona natural que impida su utilización, ajustándose a las reglas y principios democráticos que garantizan el equilibrio de los procesos electorales*” (fl 79).

(ii) En la adopción de la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 “*por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadano Uribe Centro Democrático*” intervinieron todos los magistrados del Consejo Nacional Electoral salvo los magistrados Juan Pablo Cepero Márquez, Óscar Giraldo Jiménez y Emiliano Rivera Bravo. Igualmente se establece que aclararon su voto los magistrados Nora Tapia y Joaquín José Pérez.

Por su parte, en la expedición de la Resolución N° 103 de enero de 2014 “*por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio*

*de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadano Uribe Centro Democrático*” participaron todos los magistrados del CNE con excepción de Óscar Giraldo.

Se da constancia que los magistrados Nora Tapia y Joaquín José Pérez aclararon su voto y que el magistrado Juan Pablo Cepero Márquez salvó voto.

Lo propio sucede, con la Resolución N° 104 de enero de 2014 la cual fue expedida por todos los magistrados del CNE salvo los magistrados Óscar Giraldo Jiménez y Nora Tapia Montoya.

No obstante, la Sala encuentra que aunque en la certificación se referencian las personas que intervinieron en la adopción de esta resolución, lo cierto es que dicho acto no fue demandado, ni la parte actora ni la demandada lo reseñan o hacen alusión alguna a él, ni tampoco obra en el expediente, razón por la cual la Sección no pudo conocer su contenido, ni tampoco pudo determinar la relevancia que para el proceso implica conocer los nombres de quienes expidieron dicha resolución.

Por su parte, en dicho documento también se da constancia que la Resolución 160 de 15 de enero de 2014 “*por medio del cual se decide una solicitud de registro de Símbolo, Emblema o Logosímbolo*” fue proferida por los magistrados del CNE, con excepción de Juan Pablo Cepero Márquez, Óscar Giraldo Jiménez y Joaquín José Vives Pérez quienes no estaban presentes.

De lo expuesto, se puede colegir que en la expedición de las resoluciones cuya legalidad se cuestiona participaron aquellas personas que están facultadas por la ley para decidir sobre el registro de la denominación y símbolos de los partidos y movimientos políticos, es decir, los magistrados del Consejo Nacional Electoral y que las mismas se profirieron con el voto de la mayoría de los miembros de la autoridad electoral, sin que por supuesto esto acredite la presunta desviación de poder.

(iii) Según el accionante, la prueba obrante en el expediente<sup>19</sup> en la que consta como fueron elegidos los miembros del Consejo Nacional Electoral demuestra la desviación de poder en la medida que dicha autoridad electoral buscó obstruir la actividad del grupo significativo de ciudadanos, porque aquel no tenía representación en aquel órgano.

Sin embargo, para la Sección es claro que dicha prueba documental, contrario a lo que sostiene el demandante, únicamente tiene la potencialidad de demostrar la filiación política de los magistrados que conforman dicha institución; de evidenciar la naturaleza política del CNE y mostrar que la postulación y elección de los magistrados que representan esta organización proviene de los partidos políticos y de las diferentes bancadas con representación en el Congreso<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En el texto de dicho documento se hace referencia a que el nombre cuyo registro se solicitó inicialmente era “Corporación Nelson Mandela” cuyo símbolo era la cara de dicho personaje.

<sup>19</sup> Folios 198 a 217.

<sup>20</sup> Un estudio más profundo acerca de las características, naturaleza y forma de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral se adelantó por la Sección Quinta en la sentencia del 6 de octubre de 2011 en el

Así pues, el acreditar la filiación política y el modo como fueron elegidos los magistrados que conforman el Consejo Nacional Electoral de ningún modo evidencia, como pretende el accionante, la supuesta desviación de poder con la que se profirieron los actos atacados, ni mucho menos que aquellas se hayan proferido en ese sentido, porque el hoy partido político “Centro Democrático”<sup>21</sup> no tenía representación en el CNE.

Entonces, es evidente que probar la forma en la que el Congreso eligió a los miembros del CNE NO acredita la desviación de poder, NI avala la tesis de la parte actora, según la cual todas las actuaciones en las que intervenga dicha autoridad electoral y que tengan relación con aquellas organizaciones políticas que no hicieron parte de las que eligieron a los miembros de dicha corporación están viciados de nulidad, razonamiento que además conlleva una “*reducción al absurdo*”, porque resta eficacia a las funciones que constitucionalmente fueron asignadas al CNE haciéndolas inanes y limitando sus efectos a ciertos partidos y movimientos políticos.

Bajo este panorama, aunque en el expediente obra prueba documental tendiente a acreditar la supuesta desviación de poder, lo cierto es que **ninguno** de esos elementos de convicción tiene la potencialidad de evidenciar el supuesto favorecimiento a los partidos políticos de los miembros del CNE o de probar que las resoluciones se profirieron con el objeto de restringir la actividad política del grupo significativo “*Uribe Centro Democrático*”.

Aunque el accionante, de conformidad con el artículo 103 del CPACA<sup>22</sup>, tenía la carga de demostrar que con las resoluciones demandadas la administración pretendió materializar un fin contrario a derecho, lo cierto es que el señor Gutiérrez no probó el vicio que les endilga a las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014.

En efecto, el Consejo de Estado en sus diversas secciones ha sostenido<sup>23</sup>, de manera reiterada, que la desviación de poder

no puede presumirse sino que “*es preciso que se demuestre, al menos con indicios que permitan deducir, que a pesar de la apariencia de legalidad del acto, este 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*”.<sup>24</sup>

En el caso concreto, el accionante no asumió la carga de la prueba en lo que concierne al cargo de nulidad de desviación de poder, debido a que no obra en el plenario ningún medio de convicción que permita avizorar que la decisión de negar el registro del nombre “*Uribe Centro Democrático*” con su correspondiente símbolo hubiese tenido un fin distinto al de velar por el equilibrio de la contienda electoral, como así lo indica la motivación de los actos acusados.

En suma, no existe en el expediente ninguna prueba que permita inferir que las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014 se expedieran con desviación de poder de forma tal que buscaran alejarse de la finalidad que la Constitución de 1991 le encomendó al CNE en lo que concierne a temas electores, o que se hubiesen proferido con la finalidad de “*hacer perder identidad*” al otrora grupo significativos de ciudadanos autodenominado “*Uribe Centro Democrático*”.

Con base en los argumentos que preceden la Sala Electoral concluye que el cargo de nulidad por desviación de poder no prospera.

### 3.2 Cargo de falsa motivación

Una vez aclarado que no se probó que las resoluciones demandadas fueran expedidas con desviación de poder, la Sección procede a estudiar si aquellos actos fueron proferidos con “*falsa motivación*”.

Para el accionante, las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y 0103 de enero de 2014 se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación, comoquiera que desconocieron el artículo 5° de la Ley 130 de 1994 y la sentencia C-089 de 1994.

Por su parte, para el CNE en dichos actos no hay falsa motivación de un lado, porque la sentencia C-089 de 1994 perdió vigencia

radicado 11001-03-28-000-2010-00120-00 C. P. Alberto Yepes Barreiro.

21 De conformidad con el artículo 2° de los estatutos del Centro Democrático obtenidos del portal electrónico <http://www.centrodemocratico.com/wp-content/uploads/2014/07/Estatutos-Centro-Democr%C3%A1tico-Final-Asamblea-15-de-Julio-2014.pdf> se observa que dicho grupo significativo de ciudadanos se conformó como partido político y que su personería fue reconocida por el CNE mediante Resolución 3035 del 23 de Julio de 2014.

22 El citado artículo señala: “*Artículo 103. Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. Quien acuda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.*” (Subrayas fuera de texto).

23 Consultar entre otras Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 12 de marzo de 2009, rad. 2001-00269 (1012-05), M. P. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 3 de diciembre de 2009, rad. 2004-07326 (2259-07), M. P. Victor Hernando

Alvarado Ardila; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de diciembre de 1997, radicado N° 8381 C. P. Delio Gómez Leyva, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de marzo de 2015, radicado N° 11001-03-28-000-2013-00047-00 y 11001-03-28-000-2013-00056-00 CP. Susana Buitrago Valencia.

24 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2010, radicado n 11001-03-28-000-2009-00009-00 C. P. Susana Buitrago Valencia, reiterado en sentencia del 12 de marzo de 2015, radicado N° 11001-03-28-000-2013-00047-00 y 11001-03-28-000-2013-00056-00 CP. Susana Buitrago Valencia. En el mismo sentido se pronunció la Sección en sentencia del 8 de septiembre de 2005 en el radicado 52001-23-31-000-2003-01806-01(5644) con ponencia de Darío Quiñones Pinilla, oportunidad en la que se sostuvo: “*en casos como este [se refiere a la desviación de poder] corresponde al impugnante demostrar que la autoridad hizo uso de su facultad con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere.*”

con la expedición de los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 y por otro, porque el registrar el nombre y símbolo “*Uribe Centro Democrático*” comportaba una vulneración excesiva al derecho a la igualdad de otros partidos, movimientos políticos que no tenían en su denominación la imagen de una persona natural de alta recordación.

Bajo este panorama, tal como se anticipó en el capítulo N° 3 de esta providencia, nos ocuparemos de los asuntos que permitirán dilucidar si se configura o no el vicio endilgado. Veamos:

### 3.2.1 El contexto constitucional actual y sus implicaciones respecto de la conformación de conglomerados políticos

Para resolver dicho interrogante se analizará en, primer lugar, el concepto de democracia y su incidencia en la conformación de los partidos políticos, y, en segundo, la regulación concerniente a la conformación y desarrollo de las organizaciones políticas en el ordenamiento jurídico colombiano, para posteriormente examinar si el CNE al negar la inscripción del nombre y logo del grupo significativo de ciudadanos “*Uribe Centro Democrático*”, desconoció dichos parámetros.

#### 3.2.1.1 El concepto de democracia y su incidencia en la conformación de los partidos políticos

##### a) El concepto político de democracia en las Américas: Núcleo esencial

Al hablar de democracia, resulta indefectible aludir a su significado originario como poder del pueblo, rememorando una corriente filosófica que se remonta a Platón y Aristóteles. Pero esta definición transparente que se deriva del vocablo griego “*demokratia*”, acuñado en el siglo V a.C., no es suficiente para entender la realidad que pretende representar, como tampoco lo es la célebre denotación moderna de dicho término, pronunciada por Lincoln en la Proclamación de Gettysburg de 1861, al caracterizarla como el “*gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”.

La historia que subyace al concepto democracia permite deducir que: (i) en un sentido negativo, hemos vivido una época de democracias confusas y turbulentas que sirven como caldo de cultivo, y también camuflaje, para la proliferación de iniciativas estatales totalitarias<sup>25</sup>; y (ii) en un sentido positivo, aquella ha pasado a ser un ideal común y un producto político emblemático de la civilización occidental que, por ende, debe ser respetado y garantizado en cualquier circunstancia.

Así, conviene identificar su núcleo esencial, es decir sus

<sup>25</sup> Lo anterior, se ha hecho particularmente evidente a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, cuando dejaron de proclamarse doctrinas abiertamente antidemocráticas (fascismo y comunismo) para dar lugar a una nueva etapa, en la cual los líderes políticos y defensores sociales de cualquier tipo de régimen lo ensalzan como expresión auténtica de la democracia, etiquetando a sus contradictores de enemigos de la misma.

atributos básicos, aquellos que determinan su especificidad como régimen político para distinguirse de otros, sin los cuales deja de existir o se convierte en algo distinto. Para ello, nos remitiremos al informe sobre *la democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, elaborado por el PNUD en el año 2004 con el propósito de fijar su alcance en el ámbito interamericano, en el marco de la Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la ciudad de Lima en el año 2001.

Este instrumento internacional consagra la obligación de la OEA de promover y consolidar la democracia en la región, y la de sus Estados parte de crearla, ejercerla, mantenerla y perfeccionarla bajo su jurisdicción (con mecanismos de garantía para supervisar su cumplimiento), consagra con especial claridad y contundencia esas cualidades definitorias que configuran su “*mínimo común denominador*” en el continente, es decir aquellas condiciones exigibles por los ciudadanos y pueblos de las Américas, a título de derecho, en relación con el correcto funcionamiento sus regímenes democráticos<sup>26</sup>.

Con base en las disposiciones de la Carta Democrática Interamericana, puede decirse que la democracia que impera en las Américas es la representativa siendo sus pilares fundamentales los siguientes:

- i) **La vigencia del Estado de Derecho:** La existencia de un régimen político que se desenvuelva en un Estado y una Nación que delimitan una

<sup>26</sup> Por su relevancia, se citan a continuación, los artículos 1° al 6° que conforman el título I de la Carta Democrática Interamericana: “Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5. El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”. (Negritas fuera del original).

población, un territorio y el poder que se ejerce en su interior, el cual contiene un conjunto de Instituciones y procedimientos que definen las reglas y los canales de acceso a las principales posiciones del Estado, el ejercicio del poder estatal y el proceso de toma de decisiones públicas con pleno reconocimiento y garantía de los derechos políticos. A su vez, es preciso que no haya en el territorio otra organización, formal o no, con poder igual o superior al del Estado<sup>27</sup>, y finalmente, debe existir independencia de los poderes y un sistema legal emanado de la soberanía popular que proteja a los ciudadanos del ejercicio abusivo del poder público estableciendo redes de responsabilidad y rendición de cuentas para que quienes lo ejercen, incluyendo los cargos más altos del Estado, estén sujetos a controles apropiados sobre la legalidad de sus actos.

ii) **La eficacia vertical y horizontal de los Derechos fundamentales:** La idea de organizar la sociedad de forma tal que las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos, estos últimos entre sí, y entre el Estado, las organizaciones y los ciudadanos, estén enmarcadas en el ejercicio justiciable de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, de modo tal que la imposición de una conducta no los anule ni vulnere y, por el contrario, los amplíe y salvaguarde.

iii) **La promoción del pluralismo político y protección de las minorías en procura de una sociedad integrada:** Las reglas y condiciones de competencia buscan asegurar una elección libre entre candidatos y programas de gobierno, los cuales determinan el rango efectivo de opciones que posee el ciudadano para elegir. Por ende, se requiere que este temario electoral o agenda pública<sup>28</sup>, **contenga diversas opciones políticas a fin de representar los intereses, necesidades y expectativas de los diferentes grupos sociales**, puesto que sus fines se determinan por vía del proceso democrático de toma de decisiones y a medida que este avanza.

b) **La constitucionalización de los partidos y movimientos políticos y grupo significativos**

27 lo cual define la soberanía interior, atributo que implica: el monopolio del uso efectivo y legítimo de la fuerza; la capacidad para impartir justicia de modo efectivo y definitivo, normar las conductas de los individuos y organizaciones, procurarse los medios —económicos y organizativos— necesarios para el cumplimiento de sus fines, y ejecutar las políticas públicas sobre la base de la legitimidad social.

28 En la medida en que la democracia colombiana se fundamenta en el diálogo participativo entre los diferentes grupos sociales a través de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, los contenidos que integran la agenda de estos canalizan la opinión pública influyendo en la toma de decisiones político-administrativas a fin de fortalecer las instituciones estatales. En este sentido los diferentes programas electorales, sin llegar constituir *strictu sensu* un marco jurídico para el funcionamiento del aparato burocrático, sí configuran un marco axiológico y teleológico que orienta su actividad, dotándola de legitimidad como expresión del pluralismo político y la ciudadanía social.

### de ciudadanos y la prohibición de su vocación antidemocrática

Una vez aclarado el alcance del principio representativo en la democracia moderna, se procede a abordar el análisis de su instrumentalización y eficacia. Para ello ha sido indispensable crear unos instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado, pues se precisa de la existencia de unos actores encargados de llevar al sistema burocrático de toma de decisiones, los derechos, intereses y expectativas de la vida privada de las personas, en forma de opinión pública informada y politizada por la acción de la sociedad civil organizada<sup>29</sup>. Es este el rol que define e identifica a los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos en los sistemas políticos contemporáneos.

Los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos son, entonces, unidades sociales actuantes que la democracia necesita para que los electores se unan en grupos capaces de actuar políticamente y así ejercer una influencia real en el acontecer estatal, promoviendo la formación de la voluntad popular, con base no solo en el principio mayoritario sino también en la garantía de las minorías, como dos caras de la misma moneda. La democracia no es pues, ni siquiera pensable, sin la presencia de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos a través de los cuales se expresan las demandas ciudadanas, tanto de la mayoría como de las minorías.

Dentro de esta nueva ingeniería constitucional democrática, resultan particularmente emblemáticos los casos de España y Alemania donde, ante la amenaza terrorista de ETA en el primero, y los crueles abusos del régimen nacional socialista en el segundo, el propio Constituyente primario decidió prohibir la formación de partidos políticos de vocación antidemocrática.

En España, el artículo 6° del Estatuto Superior señala expresamente que *"su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y la ley"* y *"su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos"*. Tales postulados fueron desarrollados por la Ley Orgánica 6ª de 2002 que introdujo normas relativas a las "actividades" de los partidos políticos que acarrear su declaración de ilegalidad como un mecanismo de defensa de la democracia. De esta manera, en su artículo 9.2, contempla que *"un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático"*, enunciando para tal efecto un listado de conductas genéricas, y otro de conductas específicas que tienen como consecuencia dicha sanción.

Contra esta ley, el Gobierno Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad, el cual fue resuelto por la Sentencia STC

29 Tal como lo contempla Habermas en su teoría discursivo-procedimental de la democracia.

48/2003 que lo desestimó, de modo tal que la Sala Especial del Tribunal Supremo procedió, con base en ella, a la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna<sup>30</sup>, mediante sentencia del 27 de marzo de 2003<sup>31</sup>.

Posteriormente la misma Sala, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2008, declaró la ilegalidad de los partidos: i) Comunista de las Tierras Vascas y ii) Acción Nacionalista Vasca. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró válida la disolución de Batasuna en sentencia del 30 de junio de 2009, confirmada mediante resolución de la Gran Sala del 6 de noviembre de 2009.

En Alemania, por su parte, el artículo 21 del Estatuto Superior dispone que *“Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio”* y a renglón seguido añade que aquellos que *“por sus fines, o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal”*.

Para el caso alemán, fue la jurisprudencia constitucional la encargada de delimitar el alcance práctico de los supuestos de hecho previstos en la norma Superior, tarea que llevó a cabo en las sentencias del 23 de octubre de 1952 y del 17 de agosto de 1956 que declararon la inconstitucionalidad del Sozialistische Reichspartei (partido neonazi) y del Kommunistische Partei Deutschlands (partido comunista), respectivamente, en las cuales en lugar de concretar el contenido de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 21, especificando las conductas que los lesionan, se prefirió dejarlos abiertos y darles una interpretación flexible basando su análisis en las intenciones o metas de los partidos políticos, juzgadas a través del comportamiento de sus seguidores.

En este orden de ideas, es conveniente aclarar que ambos modelos de prohibición, tanto el español como el alemán, están inspirados en lo que la doctrina ha denominado *Streitbare Demokratie*/democracia militante, término acuñado por Karl Loewenstein por la necesidad de defender la democracia ante la gestación y avance de la idea totalitaria con motivo de la crisis económica y de valores que atravesaba Europa en los años treinta.

30 *Herri Batasuna* (en euskera, traducible al castellano como “Unidad Popular”) y *Euskal Herritarrok* (en euskera, traducible al castellano como “ciudadanos Vascos”) fueron coaliciones políticas independentistas de la izquierda nacionalista Vasca surgidas en 1978 y 1998, respectivamente, en las comunidades autónomas de País Vasco y Navarra. Ambas se definían a sí mismas como de izquierda abertzale (en euskera, traducible al castellano como “patriota”), y luego de su disolución fueron refundadas en 2001 como Batasuna (en euskera, traducible al castellano como “Unidad”), partido que fue considerado el brazo político de Euskadi Ta Askatasuna-ETA (en euskera, traducible al castellano como “País Vasco y Libertad”) por la justicia española y la Unión Europea en las sentencias mencionadas.

31 Las sentencias STC 5 y 6/2004 del Tribunal Constitucional desestimaron los recursos de amparo presentados en su contra.

Dicha doctrina sostenía que la democracia debía tener una actitud combativa para defenderse de quienes pretendían derrocarla desde adentro, con sus propias reglas de juego, y alcanzó su máxima expresión con la Ley fundamental de Bonn ante la acusada debilidad del modelo que rigió en la República de Weimar, permitiendo el ascenso al poder del nacional socialismo. Sin embargo, progresivamente fue atenuada ante las críticas que recibió en el período de postguerra por la contradicción en que incurría al reclamar más democracia al tiempo que la restringía.

### 3.2.1.2 El régimen de partidos y movimientos políticos en el ordenamiento jurídico colombiano

#### a) El principio de libertad en la formación y funcionamiento de los partidos políticos en Colombia

Con la adopción de la Carta Magna de 1991 tuvo lugar la constitucionalización de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos en Colombia, al agrupar bajo su título IV el conjunto de reglas para su creación, reconocimiento, funcionamiento y disolución, así como sus derechos y deberes, lo cual hasta ese momento solo había sido objeto de discreta regulación en la Ley 58 de 1985, a pesar de la presencia de aquellos en el contexto político nacional desde mediados del siglo XIX.

Es menester destacar que fue la voluntad expresa del Constituyente establecer el **principio de libertad de las organizaciones políticas** como eje rector de su actividad, en consonancia con el principio democrático, participativo y pluralista, que inspira el modelo de Estado que consagró. Así lo puso de manifiesto en el artículo 40 que, en su numeral 3º, atribuye a los ciudadanos el derecho a *“constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”*, lo cual reiteró en el artículo 107, cuyo tenor literal indica: *“Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse o retirarse de ellos”*.

En efecto, el Estado colombiano propendió por el fortalecimiento de las colectividades políticas dentro del sistema democrático, razón por la cual la Constitución de 1991 consagró normas para vigorizar el régimen de dichas agrupaciones de manera que: i) las asociaciones políticas robustecieran el ejercicio de los derechos políticos, especialmente el del voto y ii) se garantizara la pluralidad de ideas y opiniones en la vida política nacional.

Al respecto, no sobra aclarar que esta cláusula general de libertad lleva implícito el reconocimiento de la autonomía interna de las organizaciones políticas para definir sus propósitos y programas de acción. De esta manera, la libre elección de sus marcos teleológico y axiológico se encuentra garantizada directamente por el Estatuto Superior, puesto que cualquier interferencia externa en ese ámbito protegido afecta gravemente la base misma de su existencia y funcionamiento.

Posteriormente fueron adoptadas dos reformas constitucionales contenidas en los Actos Legislativos 1° de 2003 y 1° de 2009 que incorporaron excepciones como la prohibición de la doble militancia y la actuación en bancadas para prevenir el transfuguismo (la primera de ellas), o la fijación de sanciones por acciones u omisiones que permitan su cooptación por actores ilegales (la segunda), pero sin restar eficacia a dicho principio como criterio principal para regular el régimen de las asociaciones políticas, el cual fue desarrollado por la Ley 130 de 1994, cuyo control automático de constitucionalidad dio lugar a la Sentencia C-089 del mismo año en la que la Corte Constitucional declaró que existen límites implícitos a la libertad de los partidos, en los siguientes términos: *“El mundo de los partidos y movimientos que contempla la Constitución, y desarrolla la Ley, se integra en un sistema jurídico-político más vasto que sustenta y adquiere sentido en el respeto al principio democrático, el mantenimiento de la independencia e integridad nacionales y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. La libertad que la Constitución reconoce a los partidos y movimiento políticos es irrestricta dentro de esos límites, que no son propiamente estrechos ni mezzquinos”*.

Ahora bien, en relación concretamente con el régimen disciplinario aplicable, es importante advertir que el Estatuto básico de los partidos políticos no previó en ningún caso la posibilidad de declarar la ilegalidad de estos, ni mucho menos de ordenar su disolución, limitando las sanciones que les son aplicables a la cancelación de su personería jurídica, la cual compete revocar al Consejo Nacional Electoral (artículo 4° Ley 130 de 1994 y del 265.9 C. P. reformado por el A. L. 1° de 2009). Esta circunstancia es relevante por cuanto la personería jurídica no es uno de sus elementos constitutivos y, por el contrario, su existencia sí es un requisito indispensable para la obtención de la personería jurídica.

Fue necesaria, entonces, la expedición de la Ley 1475 de 2011 para configurar un sistema de responsabilidad de las agrupaciones políticas, en sentido estricto, que se erigiera como límite material al principio de libertad que los rige. Así, en desarrollo del mandato introducido por el A. L. 1° de 2003 de establecer el principio de democracia interna como pauta ineludible de su organización y funcionamiento, se consagran como sus principios rectores la transparencia, moralidad, participación, pluralismo, igualdad y equidad de género, y el deber de presentar y divulgar su programas políticos de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, las leyes y sus estatutos.

A su vez, adicionalmente a las causales existentes de pérdida de la personería jurídica señaladas en la Constitución y la Ley 130 de 1994, añade las siguientes causales de disolución de los partidos políticos: i) Utilizar o permitir el uso de la violencia para el ejercicio de la participación política y electoral; y ii) incurrir en actos tipificados como delitos contra los mecanismos de participación democrática, la administración pública, la existencia y seguridad del estado, el régimen constitucional y legal, o delitos relacionados con actividades de grupos armados

ilegales o de narcotráfico y de lesa humanidad. Finalmente, dispone que estos deban responder por toda violación de las normas que regulan su actividad, así como por las conductas de sus directivos enunciadas como faltas en el listado contenido en su artículo 10.

Ante este nuevo panorama, cobra especial relevancia el papel de las autoridades administrativas y judiciales competentes para su aplicación, a fin de definir su alcance mediante una interpretación restrictiva que opté por un test estricto de ilegalidad, como reivindicación de la cláusula general de libertad de los partidos políticos, para evitar que este amplio régimen disciplinario sea usado para perseguir a grupos minoritarios o excluir de la contienda electoral a los partidos y candidatos de la oposición, reiterando las palabras de la Corte Constitucional en el sentido de que:

*“La responsabilidad que contraen los partidos y movimientos avalistas es estrictamente política. El cuerpo electoral, en los sucesivos comicios, se encargará de calificar con la votación, entre otras formas de expresión política, el concepto que le bayan merecido los candidatos que en su oportunidad recibieron el aval. En verdad, la conexión que se trava entre el partido o movimiento y el candidato avalado no es irrelevante. El prestigio o el desprestigio y la supervivencia misma de los partidos y movimientos están relacionados directamente con las ejecutorias de las personas que ellos patrocinen”* (Sentencia C-089 de 1994).

#### b) La denominación y emblema de las agrupaciones políticas en Colombia

Para dotar de plena eficacia a las normas constitucionales referentes a las organizaciones políticas, el legislador colombiano de 1994 impulsó en el Congreso de la República la denominada Ley Estatutaria de los Partidos y Movimientos Políticos<sup>32</sup>.

Después del trámite correspondiente, la versión de la ley sobre las organizaciones políticas aprobada en el Congreso de la República consagró varias restricciones respecto del nombre y los símbolos que aquellas podrían utilizar para identificarse. Específicamente, en el artículo 5° del proyecto de ley estatutaria se estipulaba:

*“Artículo 5°. Denominación, símbolos y colores. Los partidos y los movimientos políticos son propietarios de su nombre, color y del símbolo que bayan registrado en el Consejo Nacional Electoral.*

*Estos no podrán ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La*

<sup>32</sup> Este proyecto fue el N° 11 de 1992 en Cámara y el N° 348 de 1993 en Senado y se denominó “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”.

denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente.

**El nombre del partido o movimiento no podrá incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, instituciones u organizaciones políticas, ni en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la patria o con emblemas estatales.**

En las campañas electorales y en las demás actividades del partido o movimiento solo se podrá usar la denominación estatutaria o su abreviatura o sigla, las denominaciones suplementarias deberán ser autorizadas por el órgano del mismo que señalen los estatutos.

Los organismos que se escindan del partido o movimiento perderán el derecho a utilizar total o parcialmente la denominación y el símbolo registrado y las sedes correspondientes.

El color o colores que distinguen a un partido o movimiento no podrán ser usados por otro en tal forma que se pueda llevar a los ciudadanos a confundir uno con el otro". (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se colige que la versión aprobada por el Congreso de la República establecía una prohibición clara y expresa, conforme la cual la denominación de los conglomerados políticos no podía hacer alusión a personas.

Sin embargo, dadas las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico respecto a las leyes estatutarias, antes que dicho proyecto fuera promulgado como ley de la república fue necesario que la Corte Constitucional, de conformidad con el numeral 8º del artículo 241 de la Constitución, ejerciera al citado proyecto control de constitucionalidad previo y automático.

Dicha revisión está contenida en la sentencia C-089 de 1994, oportunidad en la que se estableció, respecto al análisis del artículo 5º del proyecto de la ley estatutaria concerniente a las limitaciones impuestas a la conformación del nombre y logo-símbolo de los partidos políticos, que:

*"2.2.7 El artículo 5 del proyecto reconoce un tipo especial de propiedad de los partidos y movimientos sobre su nombre, color y el símbolo que registren en el Consejo Nacional Electoral que no podrán ser usados por ninguna otra organización. Las denominaciones políticas, de acuerdo con la disposición, no podrán ser expresivas de antagonismos frente a naciones extranjeras, personas o entidades, ni asimilarse fonética o gráficamente a los símbolos estatales. Finalmente, se dispone que los organismos que se*

*escindan del partido o movimiento no podrán utilizar su denominación, su símbolo y sus sedes.*

*El ejercicio de la actividad política y la acción proselitista hacen necesario que las organizaciones se identifiquen no solo ideológicamente sino también asociando su presencia a ciertos símbolos, denominaciones, formas y emblemas que contribuyen a proyectar su imagen.*

*Estos instrumentos de recordación se integran como piezas importantes en el lenguaje y comunicación de masas.* Su sistemática utilización en los diferentes eventos políticos, convierte este instrumental en verdadero bien intangible del partido cuyo valor de uso en el escenario político demanda su empleo exclusivo por parte de la organización que lo ha creado y se sirve de él en la contienda política, amén de que resulta decisivo para su propia cohesión y disciplina internas. Adicionalmente, la sana competencia que debe presidir la lucha política, la lealtad y la buena fe de los actores que en ella participan, requieren que se proscriban las prácticas en cuya virtud una formación política pretenda presentarse ante el electorado o en cualquier foro usufrutuando la simbología de otra organización o de la nación. Esta manipulación, de otra parte, puede inducir a confusión al ciudadano desprevenido y hacer que se equivoque en la adopción de sus decisiones. No se descarta que en estas circunstancias puede verse incluso comprometido el libre derecho al sufragio. Lo expuesto es suficiente para concluir que las anteriores disposiciones - salvo las que a continuación se analizan - bien podían dictarse al abrigo de la atribución que la Constitución confiere al Congreso, pues ellas guardan estrecha relación con la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos.

*La vida democrática se enriquece en la medida en que los partidos y movimientos expongan e intercambien libremente ideas y programas. Las denominaciones alusivas a personas o países, ya sea en un sentido apologético o crítico, pueden contaminar el debate político con personalismos indeseables o alimentar sentimientos de adhesión o repudio frente a otros países y traer como secuela el peligro de confrontaciones internas o el deterioro de las relaciones internacionales. No obstante, ese riesgo que se avizora puede igualmente derivarse de la acción política de las organizaciones portadoras de denominaciones neutrales y obedecer a variadas causas extra-partidistas, independientes de la denominación de los partidos y movimientos. En todo caso, la limitación que la ley introduce, lesiona la libertad que tienen las personas para fundar partidos y movimientos y divulgar sus ideas y programas sin limitación alguna (C. P. art. 40-*

**3) –el nombre es quizá la forma más efectiva de hacerlo– y, de otra parte, como restricción carece de justificación en cuanto se pretenda con ella corregir una aparente disfuncionalidad de los partidos y movimientos incapaz por sí sola de afectar objetivamente el funcionamiento de la democracia.** En todo caso, sin necesidad de recurrir a la presunción de la mala fe –que presupone la torticera y maliciosa utilización de un cierto nombre–, si un partido o movimiento de hecho perturba gravemente la convivencia pacífica o pone en peligro la independencia e integridad nacionales, dado que ello implica incumplimiento de sus deberes, puede verse expuesto a la condigna sanción.

*El inciso final del artículo 5, así como las expresiones "color" y colores" del inciso primero, serán igualmente declaradas inexecutable. El número limitado de colores y su propia naturaleza, no autorizan, por fuera de su utilización creativa, su titularidad o monopolio por parte de un movimiento o partido, sin afectar el principio de igualdad".*<sup>33</sup> (Subrayas fuera de texto).

Con base en la anterior consideración la Corte Constitucional declaró inexecutable aquel apartado que consagraba que: **"El nombre del partido o movimiento no podrá incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, Instituciones u organizaciones políticas"**<sup>34</sup> y afirmó que dentro del texto puesto a consideración de la Corte la única limitación razonable al derecho a conformar organizaciones políticas, era la que concernía a que el nombre del partido o movimiento político no hiciera alusión a símbolos o emblemas estatales.

En consecuencia, el texto definitivo que entró a regir en Colombia en la que se enumeró como Ley 130 de 1994 fue del siguiente tenor:

**"Artículo 5º. Denominación símbolos. Los partidos y los movimientos políticos son propietarios de su nombre y del símbolo que bayan registrado en el Consejo Nacional Electoral.**

*Estos no podrán 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.*

*El nombre del partido o movimiento no podrá en forma*

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>34</sup> En efecto el numeral 5 del resolve de la Sentencia C-089 de 1994 estipuló: "Quinto: Declarar EXECUTIBLE el artículo 5º, salvo las expresiones "y colores" y "color" del inciso primero, la frase "...incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, instituciones u organizaciones políticas, ni...". del inciso tercero, así como el inciso final que se declaran INEXECUTIBLES".

*alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la patria o con emblemas estatales.*

*En las campañas electorales y en las demás actividades del partido o movimiento solo se podrá usar la denominación estatutaria o su abreviatura o sigla, las denominaciones suplementarias deberán ser autorizadas por el órgano del mismo que señalen los estatutos.*

*Los organismos que se escandan del partido o movimiento perderán el derecho a utilizar total o parcialmente la denominación y el símbolo registrados y las sedes correspondientes".*

Pese a que después del año 1994 en el país se surtieron diferentes modificaciones tanto a nivel legal<sup>35</sup> como constitucional<sup>36</sup> respecto al régimen de las colectividades políticas, es menester anotar que **ninguna ley posterior modificó, derogó o subrogó el mentado artículo.**

Bajo este panorama, huelga concluir que en Colombia la limitación que contempla la legislación respecto al nombre y logo-símbolo de los partidos y movimientos políticos es la referida a que ninguno de estos dos elementos puede tener relación gráfica ni fonética con símbolos patrios o emblemas estatales, ya que la relativa a que **"El nombre del partido o movimiento no podrá incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, Instituciones u organizaciones políticas"** fue declarada inconstitucional por la Corte, lo que significa que nunca produjo sus efectos jurídicos en atención al especial proceso de formación de las leyes estatutarias que, como se explicó, exigen un control previo y automático de constitucionalidad.

De lo anterior igualmente se colige que, en algunos casos, el CNE puede negar la inscripción de un nombre o símbolo, pero solo cuando aquel afecte la seguridad del Estado o ponga en peligro el sistema electoral mismo, evento en el cual la autoridad electoral deberá sustentar con argumentos y pruebas por qué aquel no puede ser registrado.

En efecto, así lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994 al analizar la prohibición contenida en el artículo 5º de la versión de ley estatutaria aprobada por el Congreso de la República, veamos:

*"En todo caso, sin necesidad de recurrir a la presunción de la mala fe –que presupone la torticera y maliciosa utilización de un cierto nombre–, si un partido o movimiento de hecho perturba gravemente la convivencia pacífica o pone en peligro la independencia e integridad nacionales, dado que ello*

<sup>35</sup> Específicamente la Ley 974 de 2005 y la Ley 1475 de 2011.

<sup>36</sup> Estos fueron el Acto Legislativo Nº 01 de 2003 y el Acto Legislativo Nº 01 de 2009.

implica incumplimiento de sus deberes, puede verse expuesto a la condigna sanción". (Subrayas fuera de texto).

En este contexto se impone concluir, sin ninguna dubitación, que están proscritos en el orden jurídico colombiano **exclusivamente** la utilización de nombres o imágenes: i) relacionados con los símbolos patrios o emblemas estatales y ii) que afecten la seguridad del Estado o pongan en peligro la existencia del sistema electoral mismo, **únicas prohibiciones que fueron admitidas por la Corte Constitucional** en sentencia de control abstracto de constitucionalidad **que hizo tránsito a cosa juzgada absoluta**<sup>37</sup>.

### 3.2.1.3 La sentencia C-089 de 1994 y la cosa juzgada constitucional

Pese a lo diáfano de lo hasta acá expuesto, el CNE ha cuestionado el tránsito a cosa juzgada de la sentencia C-089 de 1994. Es tal el convencimiento del CNE en lo que a este asunto respecta que ese fue uno de los argumentos que plasmó en las resoluciones atacadas como fundamento de su decisión de negar la inscripción del nombre y el logo "*Uribe Centro Democrático*" al grupo significativo de ciudadanos así autodenominado, porque con él se hacía plena alusión a la persona natural de "*Álvaro Uribe Vélez*".

Para la autoridad demandada, la providencia de 1994 perdió su eficacia, a raíz de la expedición de los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009.

Así las cosas corresponde a la Sala Electoral del Consejo de Estado, en aras de determinar si las resoluciones demandadas se profirieron con falsa motivación, analizar si con la expedición de los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 la *ratio decidendi* de la sentencia C-089 de 1994, en lo que respecta a las "*denominaciones y símbolos*" de los partidos políticos, tornó en cosa juzgada relativa<sup>38</sup>.

La Sala entiende que el argumento del CNE estuvo enfocado a señalar que la Sentencia C-089 de 1994 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa, porque hubo una

modificación de las normas que sirvieron de base para declarar la inconstitucionalidad del artículo 5º del proyecto de la ley estatutaria analizado en precedencia.

Sea lo primero advertir, que por regla general las sentencias de constitucionalidad tienen: i) carácter de cosa juzgada absoluta<sup>39</sup>; ii) efectos erga omnes y iii) la prohibición de que las normas declaradas inconstitucionales sean reproducidas nuevamente por cualquier autoridad<sup>40</sup>.

Adicionalmente, si se trata de una ley estatutaria el control previo que la Corte Constitucional ejerce es integral y "*definitivo*"<sup>41</sup>, lo cual veda la posibilidad de que la constitucionalidad de dicha ley pueda ser analizada con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, esta regla no es absoluta pues desde el año 1994 la Corte Constitucional<sup>42</sup> ha sostenido que existen dos eventos que se erigen como excepción a la premisa estipulada así:

a) **Cuando el vicio de constitucionalidad surja con posterioridad al control previo:** En auto de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que un ejemplo de ello sería el surgimiento de "*un vicio de forma en el trámite posterior al control constitucional*".

b) **Cuando se presente un cambio en las disposiciones constitucionales** que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad. Este es el que interesa para efectos de la decisión que habrá de adoptarse en la parte resolutive de esta providencia.

Para que la segunda de las excepciones se materialice se hacen necesarios los siguientes presupuestos: i) que la disposición de la ley estatutaria en el control inicial haya sido declarada conforme a la Constitución, es decir, que esta haya sido declarada "*exequible*"; ii) que se presente un cambio en el articulado de la Carta Política; iii) que esa modificación constitucional esté relacionada con las normas que sirvieron de fundamento para

<sup>39</sup> Artículo 21 Decreto 2067 de 1991.

<sup>40</sup> Así lo establece el artículo 243 de la Constitución cuando estipula: "*Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*". (subrayas fuera de texto)

<sup>41</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2013 sostiene a pie de página respecto a la postura del control integral y definitivo que "A pesar de que la descrita ha sido la posición dominante en relación con el examen de constitucionalidad posterior de las leyes estatutarias, cabe resaltar posiciones como la del doctor Eduardo Montealegre Lynett quien, en salvamento parcial de voto a la Sentencia C-292 de 2003, manifestó su desacuerdo con la doctrina de la cosa juzgada en leyes estatutarias. Teniendo en cuenta los diferentes efectos que la jurisprudencia otorga a la revisión de objeciones presidenciales y de leyes estatutarias, no obstante fundamentarse ambas en el art. 241-8 superior, y después de citar ejemplos a nivel internacional, concluye que "*el control previo debe ser interpretado de forma tal que incluya tanto los vicios materiales como los de procedimiento en la formación del proyecto (criterio integral), y debe también considerarse su carácter definitivo, pero circunscrito a los asuntos que fueron efectivamente analizados en la sentencia*". (Cursivas del original).

<sup>42</sup> En Sentencia C-011 de 1994 reiterada en, entre otras, por las sentencias C-443 de 2011, C-029 de 2009, C-238 de 2006, C-253 de 2013 y en los Autos 042 de 2002, 097 de 1996 y 158 de 2009.

<sup>37</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C-774 de 2001; C-061 de 2010 y C-400 de 2013 explicó que la cosa juzgada absoluta en material constitucional se materializa: "*cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional*".

<sup>38</sup> La Corte Constitucional en las sentencias C-061 de 2010 y C-310 de 2002 así como en el de Auto 171/01 frente a este figura precisó que: "*se configura cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado. La Corte también ha distinguido entre (a) cosa juzgada relativa explícita y (b) cosa juzgada relativa implícita: explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive, e implícita cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve*".

declarar la **exequibilidad** de la disposición de la ley estatutaria y iv) que la variación de las normas superiores sea sustancial, es decir, que sea un cambio de “*fondo*”, de forma tal que ponga en duda la **constitucionalidad de la norma que otrora fue declarada “exequible”**<sup>43</sup>.

Los requisitos ii), iii) y iv) son implícitos a la naturaleza del control de constitucionalidad ya que, justamente, se refieren a los parámetros superiores respecto de los cuales dicho control opera. Por su parte, el i) existe en la medida en que una disposición es declarada exequible, puesto que solo así aquella forma parte del ordenamiento jurídico y produce plenos efectos. En otras palabras, si el enunciado normativo fue declarado inexecutable, por ende, ya no forma parte del ordenamiento jurídico, por lo que una reforma constitucional no tendría la potencialidad de revivirlo y, de esta manera, no podría válidamente operar en este evento una cosa juzgada relativa.

Lo anterior significa que:

i) Las sentencias que declaran la **inexecutable** de una norma estatutaria hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, comoquiera que al confrontar el orden constitucional con la disposición estatutaria lo procedente es retirarla del ordenamiento jurídico, y

ii) En ningún evento es posible afirmar que la providencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, perdió **vigencia** por un cambio de las normas constitucionales, ya que incluso, si se aceptará que se modificaron las disposiciones que sirvieron de base tomar la decisión de inconstitucionalidad, lo cierto es que la norma, al ser declarada “*inexecutable*”, fue retirada del orden jurídico y deberá seguir así, salvo que el legislador, atendiendo al nuevo panorama constitucional, pretenda incorporarla, nuevamente, al régimen legal evento que, como es natural, dará lugar a una nueva revisión de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Lo anterior aplicado al caso concreto impone concluir que no se encuentran materializados los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para afirmar que la sentencia C-089 de 1994 perdió su eficacia respecto al control de constitucionalidad ejercido sobre el artículo referente a las denominaciones y símbolos de los partidos políticos, porque la frase prevista por el legislador que prohibía que en el nombre o emblema del partido político se hiciera alusión a personas naturales fue declarada **inexecutable antes de su entrada en vigencia, razón por la cual dicha proscripción nunca surtió efectos en el ordenamiento jurídico colombiano, aunado**

<sup>43</sup> En sentencia C-443 de 2011 M. P. Humberto Sierra Porto al respecto adujo que: “Por otro lado, este argumento no puede interpretarse en el sentido que cualquier modificación del parámetro de control sea motivo de una nueva revisión por parte de la Corte. Se reitera que dicha decisión requerirá de un cambio en las disposiciones constitucionales que sirven como base o fundamento a la disposición estatutaria que se acuse; contrario sensu, el simple hecho de que exista una modificación de la Constitución no amerita un nuevo estudio de la Corte respecto de la adecuación de una ley estatutaria”.

**a que jamás ha sido introducida a aquel mediante otro instrumento jurídico.**

En efecto, es de resaltar que ni el legislador ni el constituyente bajo el nuevo panorama constitucional han hecho ningún esfuerzo tendiente a incluir, de nuevo, la prohibición contemplada por el proyecto de ley estatutaria aprobado en el 1994 y que fue declarado inexecutable, razón por la cual tanto las disposiciones del artículo 5º de la Ley 130 de 1994 como la revisión de constitucionalidad están plenamente vigentes sin ser contentivas de dicha limitación.

### 3.2.1.4. La supuesta prohibición de incluir el nombre y/o imagen de una persona natural en la denominación de la organizaciones políticas, después de la expedición de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009

No escapa a la Sala que para el demandado, tanto el Acto Legislativo No. 01 de 2003 y como el Acto Legislativo No. 01 de 2009 modificaron de forma sustancial el orden constitucional colombiano y, por tanto, en la actualidad aquel prohíbe que una organización política se identifique con el nombre o la imagen de una persona natural.

No obstante, como se explicará a continuación, no es de recibo la argumentación esbozada por el Consejo Nacional Electoral, habida cuenta que el numeral 3º del artículo 40 disposición que la Corte Constitucional tomó como fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición antes estudiada, se encuentra plenamente vigente y su sentido no ha sido cambiado, ni modificado de ninguna manera. Veamos:

i) La reforma introducida por el Acto Legislativo Nº 01 de 2003 transformó totalmente el régimen de los partidos políticos en aras a fortalecerlo, incentivar el uso de mecanismos democráticos al interior mismo de la organización política, terminar con el personalismo y “*eleva el grado de representatividad de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, atacándose con ello la proliferación de las mencionadas microempresas personalistas*”<sup>44</sup>

Esta gran “*transformación*” la explicó la Corte Constitucional en Sentencia C-490 de 2011 en la cual enumeró los objetivos del citado Acto Legislativo así:

*“(i) el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a partidos y movimientos de organizarse de modo armónico con dicho principio, en especial para la escogencia de sus candidatos a cargos uninominales y corporaciones públicas; (ii) 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 militancia; (iii) la previsión*

<sup>44</sup> Sentencia C-490 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*de listas únicas avaladas por el partido o movimiento político; (iv) la modificación del sistema electoral a través de la cifra repartidora como método para la asignación de curules, y exigencia de umbrales mínimos de participación para el otorgamiento de personería jurídica; y (v) la racionalización de la actividad del Congreso de la República mediante el establecimiento de un régimen severo de bancadas”.*

Es de anotar que la reforma del año 2003 iba enfocada a desarticular todas esas organizaciones políticas que se formaban exclusivamente para que una sola persona obtuviera una curul en el Congreso y es que en efecto antes de la expedición de dicha norma, pululaban organizaciones que sin ningún fundamento o ideal se presentaban a las elecciones con el objetivo único de impulsar a un determinado candidato, pero al carecer de una plataforma ideológica desaparecían rápidamente del escenario electoral.

Lo propio sucedió con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 01 de 2009, la cual buscó dotar de más y mejores herramientas a los partidos políticos para evitar la cooptación de los grupos armados ilegales y de las fuerza del crimen organizado. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, antes citada, señaló:

*“El objetivo general de la reforma [AL 01 de 2009] era fortalecer la democracia participativa, a través de la imposición de condiciones más estrictas para la conformación de partidos y movimientos, establecer sanciones severas a los actos de indisciplina y, en un lugar central, proclamar herramientas para impedir que la voluntad democrática del electorado resulte interferida por la actuación de los grupos ilegales mencionados. Los objetivos específicos de la enmienda eran: (i) impedir el ingreso de candidatos que tuvieran vínculos o hubieran recibido apoyo electoral de grupos armados ilegales; y (ii) disponer de un régimen preventivo y sancionatorio, tanto a nivel personal como de los partidos políticos, que redujera el fenómeno de influencia de los grupos mencionados en la representación ejercida por el Congreso”.*

Ahora, si bien las reformas constitucionales del año 2003 y 2009 provocaron profundos cambios en el sistema de partidos políticos en Colombia, lo cierto es que esta transformación no modificó ni alteró en lo más mínimo la disposición que la Corte Constitucional tomó como fundamento para declarar que la prohibición de no aludir en los nombres y grupos en las denominaciones de los partidos y movimientos políticos era contraria a la Carta Política de 1991, puesto que de ninguna manera restringió el alcance o contenido del artículo 40.3 Superior con fundamento en el cual la Corte tomó su decisión de inexecutable.

Ciertamente, **aunque la Constitución varió el marco jurídico en lo que a los partidos políticos se refiere, lo cierto es que**

**en ningún momento la reforma del 2003 ni la del 2009 modificaron, subrogaron o sustituyeron el artículo 40 Superior.**

En efecto, el texto vigente de la aludida norma consagra:

*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.* (Subrayas fuera de texto).

Nótese como el constituyente primario no solo fue enfático en establecer que la libre conformación de partidos, movimientos y/o agrupaciones políticas es un componente esencial de los derechos políticos que se practican en el Estado Social de Derecho, sino que además, sin lugar a dudas, estipuló que el ejercicio de ese derecho se haría **sin limitación alguna**.

Así pues, el constituyente primario no solo NO prohibió que el nombre y/o imagen de una persona natural identifique una organización política, sino que además, **concedió** un amplio margen de discrecionalidad para escoger el nombre de una organización política, **pues de la simple lectura de la disposición antes transcrita se evidencia que la conformación de los partidos y movimientos políticos debe realizarse sin mayores límites u obstáculos**.

En consecuencia, no se puede afirmar que la forma que el constituyente entendió el ejercicio de los derechos políticos en el país varió, toda vez que, si bien las reformas de 2003 y 2009 hicieron un cambio en el ejercicio de la actividad política, los derechos políticos y especialmente el de conformar asociaciones sin limitación alguna se mantuvo **incólume**, y mucho menos del contexto puede derivarse, como se explicó, una cosa juzgada relativa frente a una inexecutable.

Por supuesto, ello no significa que los aludidos actos legislativos se hayan convertido en *“letra muerta”*, que estén vacíos en su contenido o que sean inaplicados de forma tal que se haga evidente un retroceso a los avances que ha alcanzado el sistema democrático y político colombiano, **por el contrario**, las reformas constitucionales se armonizan con el ejercicio de los derechos políticos y juntos permiten y facilitan la vida democrática del país.

En efecto, la libertad concedida en el artículo 40.3 en nada riñe con la finalidad promulgada por el Acto Legislativo No. 01 de 2003 de acabar con los personalismos, pues llevar el nombre de una persona natural no significa que la agrupación política pueda eludir el cumplimiento de las disposiciones sobre régimen de bancadas, cifra repartidora o umbral, entre otras, ni tampoco implica que

una colectividad por el hecho de llevar el nombre de un individuo constituya una *microempresa personalista*, utilizando el término acuñado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-490 de 2011, sin fuerza de cohesión ni impacto ciudadano, para lo cual, justamente basta observar lo acontecido con la suerte del hoy Partido Político "*Centro Democrático*" cuya personería fue reconocida por el CNE mediante Resolución 3035 del 23 de Julio de 2014 ante el suficiente apoyo ciudadano en las urnas.

ii) Pues bien, pese a la variación del orden constitucional, para que se pueda afirmar que ese nuevo contexto jurídico introdujo, nuevamente, la prohibición relativa que las denominaciones de las organizaciones políticas no pueden aludir a personas, lo cierto es que debe existir una disposición **expresa** que así lo estipule.

Lo anterior porque de acuerdo a nuestro sistema jurídico, el principio de legalidad impone que las prohibiciones: i) deben estar consagradas en un texto normativo, ii) sean taxativas y iii) de interpretación restrictiva.

En el caso objeto de estudio, el establecimiento de una prohibición que limita el ejercicio de un derecho político debe ser expresa, debido a que el constituyente, como se explicó, optó por conceder amplias facultades de autonomía e independencia a los ciudadanos para la conformación de las colectividades políticas, de forma tal que aquel derecho sea ejercido sin limitación alguna.

Así pues, si entiende que la libertad se erige como pilar del Estado Moderno y se colige que las prohibiciones son limitaciones a dicha facultad, resulta de Perogrullo que cuando se pretenda establecer una prohibición o limitante aquellas deben estar explícitas.

En consecuencia, es evidente que un cambio en la filosofía de la Constitución no deviene, *per se*, en una prohibición, pues el principio de legalidad exige que las limitaciones a la libertad estén contenidas en normas jurídicas válidas y vinculantes.

En consecuencia, después de revisado en su integridad el texto actual de la Constitución Política de Colombia, se puede colegir, sin dubitaciones, que **no existe disposición que consagre la limitación que supuestamente se estableció con la expedición de las reformas constitucionales de los años 2003 y 2009 y, que por el contrario, se reitera, el artículo 5º de la Ley 130 de 1994 se halla plenamente vigente en los términos de la sentencia C-089 de 1994 sin haber sufrido, con posterioridad, modificación alguna.**

iii) De la mano con lo anterior, se recuerda que el Constituyente concedió una **amplísima libertad** para el ejercicio de los derechos políticos, especialmente el de conformación de organizaciones políticas. Por lo tanto, es claro que en el caso concreto, rige el principio de deferencia al constituyente y son esas disposiciones las que deben primar.

En efecto, la filosofía del derecho ha establecido que, prima facie, las disposiciones que haya consagrado el poder constituyente deben prevalecer, a menos que se esté en presencia de situaciones extremadamente injustas<sup>45</sup>.

Lo anterior se puede evidenciar de mejor manera, en palabras del profesor Robert Alexy cuando sostiene que "*la incorporación de una excepción a una norma en un caso particular a decidir, requiere que el principio sustancial contrario tenga un peso mayor que el principio sustancial subyacente a la norma sumado a los principios formales de seguridad jurídica, el principio democrático y el de separación de poderes, todo lo cual requiere que lo que ha sido autoritativamente expedido debe respetarse*"<sup>46</sup>.

Así las cosas, comoquiera que: i) no se está en presencia de situaciones extremadamente injustas y ii) el constituyente no consagró la prohibición aludida, por el contrario, concedió una amplia libertad para que las organizaciones políticas se conformaran sin mayores obstáculos, es obvio que con sujeción estricta al principio democrático, ni el juez ni la administración pueden crear prohibiciones que el poder primario no previo.

Pero además, lo cierto es que incluso cuando el constituyente derivado pretendió hacerlo (nos referimos a la limitación), la autoridad judicial que guarda la supremacía de la Constitución las declaró inexecutable porque aquellas violentaban el artículo 40.3 de la Carta política, disposición que, como se explicó, se mantiene incólume.

iv) Igualmente, no se puede perder de vista que la conformación de partidos y movimientos políticos sin limitación alguna, es un componente de un derecho político de carácter fundamental, reconocido incluso por los tratados internacionales como derecho humano y, que en consecuencia, corresponde al juez realizar la interpretación que maximice la materialización de dicho derecho.

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>47</sup> en su artículo 23 consagró como derechos humanos<sup>48</sup> el ejercicio de los derechos políticos. Es tal la importancia que se le otorga a esta clase de derechos que se definen "*(...) como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país*"<sup>49</sup>.

Así pues, los derechos políticos por tener naturaleza

45 La conocida fórmula Radbruch sostiene que el derecho injusto no es derecho, pese a que las normas injustas se hayan expedido con satisfacción de los requisitos de validez formal.

46 Alexy Robert, Principios Formales. Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 37, 2014, pág. 22.

47 Ratificada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972 y parte integrante del bloque de constitucionalidad de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Carta Política.

48 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de Yatama contra Nicaragua determinó que los derechos políticos también son oportunidades de las cuales se derivan obligaciones de los estados de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Venezuela, 2009b, cap. II, párr. 18

fundamental se entienden, según Alexy, como principios y por contera como mandatos de optimización, razón por la cual deben interpretarse de forma tal que su realización sea la mayor posible de conformidad con las condiciones fácticas y jurídicas aplicables al caso<sup>50</sup>.

Las anteriores premisas, aplicadas al caso concreto imponen entender que cuando el constituyente estableció el derecho a conformar organizaciones políticas sin limitación alguna, creó una prerrogativa exigible a favor de los ciudadanos consistente en la libertad plena para conformar partidos, movimientos y agrupaciones políticas, autonomía dentro de la cual está incluida la discrecionalidad para elegir su nombre y logo de forma que se adapte a los gustos y preferencias de quienes constituyen la colectividad.

Entender que con la expedición de las reformas de 2003 y de 2009 se adicionó una prohibición a la libertad pregonada en el artículo 40.3 Superior, implicaría, de suyo, afectar el *núcleo duro* de dicho derecho fundamental, y en consecuencia, hacerlo nugatorio, pues tal circunstancia conlleva una restricción extrema que además, el ordenamiento jurídico no contempló.

En suma, si se tiene en cuenta que con el artículo 40 de la Carta Política el Constituyente del 91, quiso garantizar la más amplia libertad en la participación política y en el ejercicio del derecho político a elegir y ser elegido, es evidente que el juez no puede avalar interpretaciones restrictivas a dicho derecho.

v) Ahora bien, una interpretación sistemática de la Constitución impone concluir que los derechos políticos deben prevalecer, no solo porque las reformas de los años 2003 y 2009 no modificaron el derecho fundamental, sino porque tampoco dichas normas proscibieron la creación de partidos políticos *“inspirados”* en una persona en particular, **pues el ordenamiento jurídico permite que se conformen grupos significativos de ciudadanos alrededor de la concepción del mundo que tiene un individuo.**

Lo anterior, siempre y cuando: i) cumplan con las exigencias establecidas en la ley para participar en los respectivos comicios, ii) aquellos no se constituyan como *“micro empresas partidistas”* en las que las organizaciones políticas tengan *“dueño”* de forma tal que sus acciones estén guiadas por el parecer de una sola persona, iii) se diferencie claramente el actuar de la persona jurídica del de la persona natural y iv) después de las elecciones, se acredite que se satisficieron los requisitos para conformarse como una organización política consolidada de forma tal que sus actuaciones se rijan por el régimen de bancadas.

En suma, es claro que aún bajo la vigencia de las reformas constitucionales del año 2003 y 2009 la prohibición de incluir el nombre y/o imagen de una persona natural en la denominación de las organizaciones políticas sigue retirada del ordenamiento

jurídico, habida cuenta que el fundamento normativo que sirvió como sustento para la declaratoria de inexecutable no fue modificado por los actos legislativos en comento.

Hasta acá puede concluirse que: i) no es acertada la postura del CNE según la cual no pueden registrarse nombres o imágenes de personas naturales como denominación o símbolo de un partido o movimiento político por la pérdida de vigencia de la sentencia C-089 de 1994; ii) ni los Actos Legislativos N° 01 de 2003 ni el N° 01 de 2009 introdujeron, nuevamente, la prohibición de que las denominaciones y símbolos de las organizaciones políticas no pueden aludir a nombres de personas naturales y iii) el numeral 3° del artículo 40 Superior concedió una amplia libertad en el ejercicio de los derechos políticos, de forma tal que concedió la prerrogativa de conformar conglomerados sin limitación alguna, lo cual, de suyo, incluye el facultad para escoger libremente el nombre y símbolo de la organización política acuerdo con los gustos y preferencias de quienes la integran.

En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si aún pese a que ni la Constitución ni la ley impiden que el nombre de una persona natural sea utilizado como denominación de un grupo significativos de ciudadanos y partidos políticos, en el caso concreto el CNE estaba facultado para negar la inscripción del nombre *“Uribe Centro Democrático”* porque dicha fonética vulnera el derecho a la igualdad de los demás partidos políticos, aspecto que se analizará a continuación.

### 3.2.2 ¿Es la protección del derecho a la igualdad de los demás partidos y movimientos políticos un argumento válido para negar la inscripción del nombre y logo del grupo significativo de ciudadano autodenominado *“Uribe Centro Democrático”*?

Recordemos que la autoridad demandada argumenta que no era posible registrar el nombre del entonces grupo significativo de ciudadanos, porque dicha denominación y emblema iba en contra del derecho a la igualdad en materia electoral, así como del ejercicio del derecho al voto de manera libre, espontánea y sin coacciones.

La Sección no desconoce que el derecho a la igualdad en materia electoral es de suma importancia para garantizar el equilibrio de las elecciones, lograr que en el poder público se refleje la pluralidad de la sociedad colombiana y dotar de legitimidad al proceso democrático de forma tal que tanto el derecho a elegir como a ser elegido se materialice de forma adecuada, pues en efecto, la igualdad electoral aboga por una *“sana competencia”* en la cual los partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos que pretendan conformar el poder público participen de forma equitativa, bajo las mismas condiciones y sin ventajas de ningún tipo.

Sin embargo para la Sala, en el caso concreto, el argumento de la protección del derecho a la igualdad no es válido para inaplicar tanto el numeral 3 del artículo 40 Superior como el artículo 5° de la Ley 130 de 1994, tal como pasará a explicarse:

<sup>50</sup> Robert Alexy citado por Ateiza Manuel, A Vueltas con la Ponderación, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, volumen 44, 2010, pág. 46.

Pese a que se afirmó que la inscripción del nombre "Urbe Centro Democrático" hubiese desequilibrado las elecciones de Congreso y Presidente realizadas en el año 2014, lo cierto es que la limitación impuesta por el CNE al grupo significativo de ciudadanos se realizó con base en hipótesis no probadas, acerca de las presuntas las consecuencias que se generarían en el país por registrar esa denominación.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que la limitación que puede ejercer el Estado en la conformación de los partidos políticos debe ser reservada para casos de extrema gravedad en los cuales se encuentre inminentemente comprometida la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, y de ninguna manera usarse, a la manera del principio de precaución, para reprimir incipientes amenazas o desafíos al sistema político, que lejos de destruirlo, pueden llegar a fortalecerlo a través de la libre deliberación pública de entre ideologías y corrientes de pensamiento contrapuestas, incluyendo la participación en política de eventuales organizaciones que por virtud de un proceso de paz se reintegren a la vida civil y política.

La anterior premisa se refuerza si se tiene en cuenta que no está probado en el expediente, ni resulta posible suponer, que el registro del nombre y símbolo propuesto por el grupo significativo de ciudadanos hubiese: i) desequilibrado el debate electoral, ii) inducido a error a los electores o iii) confundido a los ciudadanos respecto a la filiación política de los candidatos que el movimiento avalaba con sus firmas.

Es evidente que por sí sola dicha denominación no afecta la democracia y la transparencia que debe permear los comicios, pues incluso los desequilibrios o contaminación al debate político también pueden derivarse de organizaciones portadoras de nombres "neutrales", así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 1994:

*"Las denominaciones alusivas a personas o países, ya sea en un sentido apologético o crítico, pueden contaminar el debate político con personalismos indeseables o alimentar sentimientos de adhesión o repudio frente a otros países y traer como secuela el peligro de confrontaciones internas o el deterioro de las relaciones internacionales. No obstante, ese riesgo que se avizora puede igualmente derivarse de la acción política de las organizaciones portadoras de denominaciones neutrales y obedecer a variadas causas extra-partidistas, independientes de la denominación de los partidos y movimientos".*

Igualmente, es de anotar que la conclusión respecto de la supuesta "doble propaganda" que, a juicio del CNE, desequilibraba las elecciones a favor de un determinado grupo político, parte de una premisa errada según la cual toda publicidad que se realice con el nombre y/o imagen de una persona genera propaganda positiva para dicho individuo.

Muy por el contrario, resulta evidente que esa dualidad también puede afectar de manera negativa al ciudadano que prestó su nombre y/o imagen para representar el grupo significativo de ciudadanos que apoya su candidatura, frente a aquellos que no sean afines a sus ideales, quienes rechazarán tanto al candidato que identifica la organización política como a todos los que se inscriban con el aval de ese partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

Así las cosas, no se evidencia que el derecho a la igualdad se ponga en riesgo cuando una persona preste su nombre para identificar a una organización política, ni tampoco que ello implique volver al caudillismo<sup>51</sup>, pues se reitera, que la organización política i) deberá tener una ideología cimentada, ii) unos directores, iii) una separación total en el actuar de la persona natural y la persona jurídica, iv) ser una asociación de personas que pública y analíticamente debatan las decisiones del partido o movimiento político.

En efecto, si el caudillismo por definición implica un régimen personalista y cuasimilitar, cuyos mecanismos partidistas, procedimientos administrativos y funciones legislativas están sometidos al control inmediato y directo de un líder carismático y a su cohorte de funcionarios mediadores, lo cierto es que tales características no podían predicarse válidamente del grupo significativo de ciudadanos "Urbe Centro Democrático", de un lado, porque claramente no se estaba en presencia de una organización cuasimilitar, pero además, porque las decisiones que correspondía adoptar al interior de tal colectividad no eran impuestas por parte de la persona que le daba su nombre, o al menos eso no aparece probado en el expediente, ni mucho menos fue un aspecto analizado en su momento por el demandado.

Para la Sala es claro que la finalidad de identificar al nuevo grupo significativo de ciudadanos con la persona de Álvaro Uribe Vélez, tenía como propósito diferenciarlo nítidamente del Partido Social de la Unidad Nacional, conocido popularmente como el "Partido de la U", justamente porque aquel fue liderado en su momento por el actual Senador.

Por ello, aunque en el caso concreto el grupo significativo de ciudadanos se formó en torno al pensamiento e ideología de una persona plenamente identificable, lo cierto es que aquellos ciudadanos se agruparon libremente para formar una organización política cuyo objetivo era conseguir la representación de dichos ideales en el Congreso de la República, organización que se sometió las reglas del umbral y que una vez en el órgano de representación popular está

51 Al respecto el profesor mexicano Pedro Castro en su escrito denominado "El caudillismo en América Latina, ayer y hoy" publicado en el año 2007 en la Revista Política y Cultura del Departamento de Sociología de la UNAM sostiene que: "(...) en Iberoamérica, el término caudillismo alude generalmente a cualquier régimen personalista y cuasimilitar, cuyos mecanismos partidistas, procedimientos administrativos y funciones legislativas están sometidos al control inmediato y directo de un líder carismático y a su cohorte de funcionarios mediadores". (El texto completo está disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422007000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422007000100002&script=sci_arttext)).

atada al sistema de bancadas y a todas las demás disposiciones aplicables a los partidos y movimientos políticos.

Ahora bien, tampoco es de recibo el argumento según el cual la inscripción del nombre “Uribe Centro Democrático” vulnera la igualdad porque va en contra del diseño de la tarjeta electoral, pues dicho bosquejo es elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil de acuerdo al mandato establecido en el artículo 258 de la Constitución según el cual “*La Organización Electoral suministrará igualmente 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*”. Siendo claro que en ningún momento dicha disposición proscribió el uso de nombres o de imágenes de personas naturales en las tarjetas electorales.

En síntesis, con base en los argumentos antes expuestos se puede afirmar que la protección del derecho a la igualdad no es argumento válido para negar el registro del nombre “Uribe Centro Democrático”, toda vez que, el CNE no acreditó ni el desequilibrio que dicha inscripción comportaba para las elecciones, ni la ventaja que se hubiese generado para ese grupo significativo de ciudadanos.

Así las cosas, se corrobora que las resoluciones acusadas están viciadas de “falsa motivación” lo que habilita a la Sección para declarar su nulidad, lo cual se realizará en la parte resolutoria de esta providencia.

### 3. Reglas sobre el uso de nombres y/o imágenes de personas naturales en la denominación de organizaciones políticas

Aunque en el caso concreto, la Sala consideró que las Resoluciones N° 3134 de diciembre de 2013 y N° 103 de enero de 2014 estaban viciadas de nulidad ello no impide que, en caso dado, el CNE pueda negar la inscripción de un nombre o símbolo, que por ejemplo afecte la seguridad del Estado o ponga en peligro el sistema electoral mismo, evento en el cual la autoridad electoral deberá sustentar con argumentos y pruebas, porque pese a que el nombre escogido por la organización política no hace alusión a símbolos o emblemas nacionales aquel no puede ser registrado.

En efecto, así lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994 al analizar la prohibición contenida en el artículo 5° de la versión de ley estatutaria aprobada por el Congreso de la República así:

*“En todo caso, sin necesidad de recurrir a la presunción de la mala fe - que presupone la torticera y maliciosa utilización de un cierto nombre -, si un partido o movimiento de hecho perturba gravemente la convivencia pacífica o pone en peligro la independencia e integridad nacionales, dado que ello implica incumplimiento de sus deberes, puede verse expuesto a la condigna sanción”.* (Subrayas fuera de texto).

Resulta de Perogrullo que la libertad que pregona nuestro ordenamiento jurídico para escoger los nombres e imágenes que identificaran a los partidos y movimientos políticos, no es óbice para entender que cuando se pretenda el registro de un nombre o de una imagen de una persona natural como elementos diferenciadores de la organización política sea viable exigir ciertos “requisitos”.

Lo anterior por la tensión que pueda surgir entre los derechos personalísimos de los ciudadanos y el derecho de propiedad que sobre la denominación y el logo nace para los partidos y movimientos políticos<sup>52</sup>.

Y es que en efecto la identidad de una persona, conformada por su imagen, nombres, entre otros elementos, ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como un bien personalísimo inherente a la dignidad humana, razón por la cual tiene carácter de derecho fundamental.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la imagen : *“se trata de un derecho personalísimo, que surge tras una interpretación sistemática del Texto Superior, como expresión directa de la individualidad e identidad de la persona y como manifestación de la dignidad de cada ser en la búsqueda de su propia esencia. El contenido de este derecho se manifiesta a través de tres facetas, la primera es la autodefinición del sujeto a partir de sus características físicas; mientras que, la segunda y la tercera, conducen a la formación de la imagen social y a la posibilidad de decidir qué parte de ella –o de su apariencia física– será difundida y cuál permanecerá intangible. Finalmente, se trata de un derecho relativo sometido a las restricciones genéricas de los derechos fundamentales”.*<sup>53</sup> (Subrayas fuera de texto).

Y que por tal motivo: *“la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, esta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro”.*<sup>54</sup> (Subrayas fuera de texto).

<sup>52</sup> Esto debido a que el artículo 5° de la Ley 130 de 1994 en su primer inciso establece “Los partidos y los movimientos políticos son propietarios de su nombre y del símbolo que bayan registrado en el Consejo Nacional Electoral”.

<sup>53</sup> Sentencia T-379 de 2013.

<sup>54</sup> Sentencia T-090 de 1996, reiterado en T-408 de 1998.

En consecuencia, para descartar esa tensión, en aras a maximizar el derecho a conformar partidos y movimientos políticos sin limitación alguna pero sin ir en desmedro o afectación al derecho a la imagen de la cual gozan las personas, la Sala expondrá algunos lineamientos respecto al uso de nombres o imágenes de personas en la denominaciones de las organizaciones políticas:

4.1 Para que sea viable el registro de un nombre o imagen de una persona en la denominación y/o logo-símbolo de una organización política, será necesario que entre las directivas del movimiento o partido político o el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos, según el caso, y la persona que prestará su identidad se suscriba un acuerdo en el que se estipulen los términos de uso bajo los cuales la organización política manejará el nombre o la imagen de la persona natural, lo anterior porque como se anotó solo el individuo tiene derecho a determinar que parte de su identidad puede ser difundida y cual no.

En dicho convenio se debe precisar con toda claridad, por cuanto tiempo se concede el derecho de uso sobre el nombre o imagen que será utilizada en la denominación de la organización política.

En dicho convenio se debe precisar con toda claridad, por cuanto tiempo se concede el derecho de uso sobre el nombre o imagen que será utilizada en la denominación de la organización política.

4.2 Al ser la imagen y el nombre un derecho fundamental es por naturaleza irrenunciable e intransferible, entonces cuando alguno de los elementos que conforman la identidad quieran incorporarse al nombre o logo-símbolo de un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos no nace para la organización política un derecho de propiedad, sino un **derecho de uso** sobre la imagen y el nombre de la persona, el cual tendrá que ceñirse estrictamente al convenio de "términos de uso" descrito en el numeral anterior.

Y es que no puede nacer derecho de propiedad, toda vez que, como se anotó este atributo de la personalidad constituye un derecho personalísimo y de carácter fundamental, adicionalmente, se puede concluir que de una lectura armónica del orden jurídico, solo puede nacer derecho de propiedad cuando exista una creación inventiva, es decir, cuando el nombre y logo nazca de la creatividad de las personas que conforman la agrupación política.

Por supuesto, el derecho de uso implica tal y como lo estipula la Ley 130 de 1994 que dicha denominación y grafía "no podrán 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".

4.3 Otro de los presupuestos básicos para que sea viable registrar el nombre y/o imagen de una persona natural como denominación de un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos es contar con la **autorización expresa** de aquel que prestará su nombre y/o imagen para representar a las anteriores personas jurídicas. El citado consentimiento debe ser explícito, inequívoco, libre de cualquier vicio (error-fuerza) y debe constar por escrito.

4.4 Como es necesario contar con el consentimiento manifiesto de la persona cuyo nombre y/o imagen será utilizada por la organización política, es evidente que no sería posible registrar ni el nombre ni la imagen de una persona fallecida.

Lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que no es posible consentir que se utilice la trayectoria que una persona adelantó en vida para hacerlos compatibles con un programa político, y es por esta misma razón que **tampoco** los familiares de una persona que murió pueden avalar que el nombre o imagen del pariente fallecido sea utilizado en la denominación o en los símbolos de una organización política.

4.5 El consentimiento que una persona preste para que se utilice su nombre y/o imagen en la denominación de un partido o movimiento político **no** puede estar mediado de valor monetario o contraprestación alguna. Esto es así porque quien acepta que su nombre y/o imagen represente una colectividad lo hace porque está convencido de lo que promulga la organización política, es decir, debido a que coincide con los ideales y pensamientos que esa organización simboliza y no por razones económicas<sup>55</sup>.

4.6 Solo las personas que de conformidad con los artículos 2º y 9º de la Ley 1475 de 2011 funjan como directivos, candidatos o simplemente militantes de partidos o movimientos políticos podrán prestar su nombre y/o imagen para que aquella se utilice como nombre o logotipo de esas organizaciones.

Lo propio sucede, con los grupos significativos de ciudadanos en los cuales podrán prestar su nombre y/o imagen los candidatos que sean avalados por ese movimiento, las personas que integren el comité promotor o los miembros de aquel.

Finalmente, la Sala debe exhortar al Congreso para que, a través de la ley correspondiente, regule la materia en aras a superar el vacío normativo que en la actualidad se encuentra en lo que concierne

55 Aunque la jurisprudencia constitucional acepta que el propietario de la imagen pueda cobrar algún dinero por la explotación de su imagen, lo cierto es que en materia electoral no se puede consentirse que la imagen de una persona se utilice en la denominación de una organización política de manera onerosa, pues eso introduciría el sistema electoral bajo la lógica del mercado, lo cual no solo desnaturaliza el proceso democrático sino que va en contra de los principios que lo permean.

al uso del nombre y/o imagen de una persona natural dentro de la denominación y/o logotipo de un partido político.

## 5. Conclusiones

De lo expuesto la Sala concluye que las Resoluciones N° 3443 de diciembre de 2013 y N° 0103 de enero de 2014 están viciadas de nulidad por “falsa motivación”, comoquiera que existe divergencia entre los argumentos que sirvieron de base para proferir los actos acusados y los que realmente debieron utilizarse. Lo anterior por que:

- 5.1** El principio democrático que permea nuestro ordenamiento jurídico, tiene como premisas fundamentales la libertad y el pluralismo, de forma tal que el concepto de democracia, no se limita a la participación de solo una corriente de pensamiento, y por el contrario, busca que en la vida política estén representados los más variados y diversos intereses, incluso los más radicales, pues solo así se puede hablar de un sistema democrático en sentido estricto.
- 5.2** El marco constitucional colombiano concedió la más amplia libertad a los ciudadanos, para que en el ejercicio de los derechos políticos, pudieran conformar agrupaciones políticas sin limitación alguna, discrecionalidad que incluye la facultad de escoger el nombre y el símbolo de su preferencia para su organización.
- 5.3** La prohibición consistente en que la denominación de un conglomerado político no puede aludir a nombres o imágenes de personas, fue declarada inexecutable, en sentencia de control abstracto de constitucionalidad que hizo tránsito a cosa juzgada absoluta.
- 5.4** La Sentencia C-089 de 1994, a través de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición relativa a que la denominación de una agrupación política no puede referirse a nombres de personas, no se convirtió en cosa juzgada relativa, toda vez que, en el caso concreto no se materializan los supuestos para restarle eficacia a dicho fallo.
- 5.5** Pese a que los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 introdujeron importantes modificaciones en el régimen constitucional colombiano, dichas reformas: i) no tienen la potencialidad de “revivir” la prohibición declarada inconstitucional, ii) dejaron incólume el fundamento normativo que, en su momento, tomó la

Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la aludida prohibición y iii) no introdujeron ni de forma tácita ni expresa la proscripción en comento.

- 5.6** No se probó la vulneración al derecho a la igualdad por haber escogido el nombre “*Uribe Centro Democrático*” como denominación del grupo significativo de ciudadanos, razón por la cual no se puede, con base en el principio de precaución, limitar el derecho de dicha agrupación a conformar organizaciones políticas sin limitación alguna.

## 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,

### RESUELVE

**Primero: Declarar** la nulidad de la Resolución N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 “*por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*” y de la Resolución N° 0103 de enero de 2014 “*por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*” proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

**Segundo: Exhortar** al Congreso de la República para que regule la materia objeto de esta providencia.

**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

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Esperanza Gómez de Miranda**

Conjuez

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY  
JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales salvo mi voto en la sentencia de siete de septiembre de 2015, en la cual se declaró la nulidad de la Resolución 3443 de diciembre de 2013 expedida por el CNE mediante la cual denegó la solicitud de registro de la denominación, símbolo y emblema del grupo significativo de ciudadanos "Uribe Centro Democrático" y su confirmatoria la Resolución 0103 de 10 de enero de 2014.

Como lo manifesté durante los debates al interior de la Sala de Sección a mi juicio, el proyecto debió denegar las súplicas de la demanda, por las razones que expongo a continuación:

Mi principal y medular divergencia se sustenta en que el estudio de asuntos de tanta trascendencia para la democracia del país, debe traspasarse el estudio rígido y acomodaticio que se hiciera argumentando el respeto al método exegético de la norma y menos, cuando en casos como este, el dispositivo del cual se limita la prohibición no es omnicompreensivo sino simplemente relacional y casi que a título de mención.

En efecto, la norma base en el que la sentencia se apoyó, fue el artículo 5º de la Ley 130 de 1994:

*"Denominación, símbolos y colores. Los partidos y los movimientos políticos son propietarios de su nombre, color y del símbolo que bayan registrado en el Consejo Nacional Electoral.*

*Estos no podrán 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.*

*El nombre del partido o movimiento no podrá incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, Instituciones u organizaciones políticas, ni en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la patria o emblemas estatales.*

*En las campañas electorales y en las demás actividades del partido o movimiento solo se podrá usar la denominación estatutaria o su abreviatura o sigla, las denominaciones suplementarias deberán ser autorizadas por el órgano del mismo que señalen los estatutos.*

*Los organismos que se escindan del partido o movimiento perderán el derecho a utilizar total o parcialmente la denominación y el símbolo registrado y las sedes correspondientes.*

*El color o colores que distinguen a un partido o movimiento no podrán ser usados por otro en tal forma que se pueda llevar a los ciudadanos a confundir uno con el otro"*

La sentencia luego lo armonizó con el fallo de la Corte Constitucional C-089 de 3 de marzo de 1994, que en efecto para ese momento consideró el Alto Tribunal como una prohibición restrictiva de la libertad política, pero nada haría dimensionar que tiempo después la falta de fuerza de las organizaciones políticas se deterioraría en tal alto grado, al punto que Colombia llegó a tener más de setenta organizaciones políticas con expectativas serias de participar en las justas electorales, aspectos como la atomización de partidos, la pluralidad desmesurada de organizaciones políticas y la operación avispa, entre otras, debían ser restringidas, pues se dejaba entrever que la democracia si seguía así, se iba a remecer, pues una cosa es la pluralidad de organizaciones políticas alrededor de las cuales se agolpen los ciudadanos dependiendo de sus intereses y coincidencias ideológicas y lo cual es totalmente sano y otra diferente la anarquía derivada de la proliferación de partidos y movimientos, incluso de "garaje" que en vez de condensar electorado, constituían células políticas mínimas que lo que hacían era desgastar por atomizar al electorado y regirse por intereses propios económicos o de poder.

Así que el punto en discusión en realidad no lo constituía la vigencia o no de lo discurrido en la sentencia C-089 de 1994, más allá del contexto histórico que la fundamentó y que constituía su estado del arte para esas épocas pretéritas, pues el escenario político y democrático del país es otro para el momento de la expedición del acto acusado, ante el advenimiento de un escenario constitucional diferente devenido de dos reformas políticas constitucionales que respondieron a la realidad fáctica que se vivía y se vive en el país, cambiante y dinámica si se compara con aquella del año de 1994.

Por eso afirmo, que a mi juicio, el análisis y decisión del asunto no se compadece con las reformas políticas constitucionales de 2003 y 2009, ni con los principios y derechos fundamentales de la Carta Política ni con el Estado Social de Derecho, los fines del Estado y la igualdad, al otorgar la posibilidad de incluir el nombre y la fotografía de una persona como logo de un partido político, resulta evidente que se contrarían los propósitos de dichas reformas políticas que tenían como finalidad el fortalecimiento de los partidos políticos.

Nada diferente se advierte de la exposición de motivos que diera lugar al Acto Legislativo 01 de 2003, cuando se plantea la necesidad de fortalecer a los partidos, a fin de dar solución a la política de personalismos y multiplicidad de partidos. En efecto, en la ponencia para primer debate, en segunda vuelta, al interior del Senado<sup>1</sup>, frente al tema se dijo:

<sup>1</sup> Gaceta del Congreso No. 146 de 3 de abril de 2003.

### “3.1 Fortalecimiento de los partidos

(...)

No cabe duda de que buena parte de lo que se denomina como **“crisis de legitimidad” del sistema político colombiano nace de una crisis de nuestro sistema de partidos**. La carencia de partidos sólidos –esto es, partidos estables, organizados, disciplinados, enriquecidos con vigorosos mecanismos de democracia interna que le permitan aumentar su capacidad de convocatoria y respetar los matices ideológicos en su seno– explica buena parte de las dificultades del engranaje político colombiano.

**Esa carencia ha sido cubierta, de manera infortunada, por el imperio de los caudillismos políticos, la política al detal, y la proliferación de las llamadas “microempresas electorales”, cuya existencia anula el debate político, y convierte a nuestra democracia en un sistema de pequeñas transacciones, útiles solo para la satisfacción, no de los grandes intereses colectivos, sino de las necesidades individuales de los caudillos y su reducido grupo de electores.**

**La política de los personalismos, y la multiplicidad de partidos y movimientos que solo representan a sus miembros, no solo aumenta los costos de la política, y la vuelve excluyente y poco democrática, sino que abre la puerta para experimentos políticos endebles o peligrosos, que pueden llevar, y de hecho han llevado, a saltos al vacío en la conducción de los asuntos públicos.**

*Ello, para no mencionar que el caótico sistema que actualmente existe en el país propicia regímenes autoritarios o corruptos. Los suscritos ponentes consideramos, incluso, que la ausencia de partidos sólidos impide la consolidación de las políticas positivas o bien concebidas que eventualmente se llegan a aprobar...”.*

Por otra parte, en la Reforma Política de 2009, se reitera la intención de fortalecer los partidos políticos, específicamente para evitar ser contaminados por grupos al margen de la ley.

Considero que en realidad la demanda no lograba desvirtuar el análisis y fundamento estructurado del CNE que tuvo en cuenta la teleología de ambas reformas y que el fallo cedió ante una interpretación exegética con alcance restringido.

Valiosas, en cambio, resultaban las consideraciones que los actos administrativos demandados tuvieron en cuenta para no permitir el logo personalizado o mejor conexo a una imagen de persona, que la sentencia pareció desoír al dejarse llevar por exegética que interpretó según su parecer. En efecto, dijo el

acto demandado: *“(…) el querer del constituyente derivado por intermedio de las reformas políticas de 2003 y 2009, es la de propender por debates electorales o políticos que no se centren en una persona y sean las estructuras ideológicas las llamadas a predominar, alejándose de un interés particular o coyuntural que afecte el estado democrático representativo y participativo o que alude la Constitución Política de 1991...”.*

El sentido de la norma, dijo el CNE, propende por fortalecer el sentir político desde perspectivas organizacionales, colectivas y no personal, que ponga en riesgo el sistema democrático participativo y representativo. Al permitir que en la tarjeta electoral se pueda ubicar el nombre o fotografía de una sola persona, se estaría violentando el precepto constitucional de permitirle al electorado contar con un instrumento idóneo para identificar claramente a los partidos políticos y movimientos y aún más a los candidatos de estos, pues solo garantizaría a una persona el derecho de constituir partidos y a difundir sus ideas o programa por encima de los demás. Autorizar que nombres propios y fotos de candidatos(as) hagan parte de los logos - símbolos de las organizaciones política, alteraría las condiciones de igualdad y equilibrio que deben reinar en el desarrollo de los debates electorales “no solo por aparecer en el tarjetón electoral incidiendo directamente en la siquis del elector de manera coaccionante, sino también, pueden llevar a desbordar el marco legal que rige la realización de la propaganda y publicidad a favor de las campañas electorales, y el acceso de las agrupaciones políticas a los medios de comunicación”.

Todas las anteriores consideraciones que hiciera el máximo órgano electoral administrativo tenían un trasfondo y era respetar los principios de las reformas electorales 2003 y 2009.

En contraste, la sentencia, dejó al margen la misión de las Reformas Políticas de 2003 y 2009, cuyo estandarte ideológico tenía una misión y visión principales y era fortalecer a las agrupaciones políticas, ante la amenaza de prácticas personalistas, la atomización de los partidos y movimientos y, precisamente, evitar la incursión de actores ilegales.

Por otra parte, son muchos los ejemplos en los que las normas electorales se han quedado cortas en sus textos, casi y por regla general, debido a la constante y dinámica evolución de los temas que rodean al ciudadano como ser político y no por ello se le ha dado una interpretación exegética absoluta a lo que quedó regulado. Ejemplos como la extensión de la doble militancia a grupos significativos de ciudadanos y no solo a los partidos y movimientos con personería jurídica -como lo prevé la norma- llevaron a que, acudiendo a la realidad política y a las consecuencias de restringir a solo algunas de las agrupaciones políticas, la Corte Constitucional considerara que no podía focalizarse a unos pocos integrantes del grupo de organizaciones políticas, en tanto la norma solo dice de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y lo hizo extensivo a todos las demás bajo el derrotero de que *“aceptar la tesis restrictiva, ... tendría graves consecuencias*

*para la preservación de la disciplina y coherencia ideológica de esas agrupaciones, previstas por la Constitución".*

Pero más allá de esa dinámica cambiante de los temas atinentes al devenir democrático del país, lo cierto es que mi oposición de que la previsión de la norma sobre logos y símbolos de partidos entendida en forma de restricción absoluta, a efectos, de afirmar fuera de cualquier interpretación racional que la única prohibición para los logos de las organizaciones políticas son los símbolos y emblemas patrios o aquello que pueda confundir al electorado, constituye por lo demás una aseveración en grado sumo peligrosista, no desde el punto de vista de este caso en concreto, sino de aquellos que podrían emplear este antecedente que campeó en las disertaciones absolutas y totalitarias, como podía acontecer al utilizar una representación de imágenes contra el pudor sexual, o de alto contenido en violencia e incluso atinentes a asuntos proscritos por los principios constitucionales y por la humanidad debido a su alta afectación del interés general mundial.

Para no ser tan descriptivos y así lo planteé en el Sala, qué pasaría si para unas elecciones la imagen presentada por el partido fuera la de Adolfo Hitler o la de Pablo Escobar o la foto de la ejecución en la horca de Sadam Husein o sin ir más allá de una persona que ha perdido sus derechos políticos o simplemente un tema religioso que agrada a otra. Podríamos entonces decir que como la norma solo se refirió a símbolos o emblemas patrios, la máxima autoridad administrativa electoral debe quedarse de brazos cruzados, con el argumento de que una decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado dijo que la prohibición era restringida porque la exégesis del dispositivo no podía entenderse bajo la hermenéutica del bloque constitucional, ni de principios, ni de teleología de las reformas políticas 2003 y 2009, que fueron posteriores en sus previsiones, alcances, objetivos y propósitos a la Ley 130 de 1994 y, por ende, a su sentencia de exequibilidad C-089-94, pues en esa dinámica cambiante ya habían transcurrido más de 9 años y muchas situaciones se habían visto en el trasegar político de la democracia del país.

Por eso insistí en el debate del proyecto –hoy sentencia objeto de mi salvamento de voto– que dejar el análisis en una interpretación exegética, así como focalizarse en un pronunciamiento del año de 1994 (C-089), como lo hace la sentencia, es delicado y peligroso porque el CNE tuvo fundamento estructurado para tener en cuenta la teleología de las dos reformas políticas atinentes al fortalecimiento de los partidos y no de las personas individualmente consideradas y a su acto le acompañaba la presunción de legalidad.

Lo anterior daba plena valía a la posibilidad de estudiar los cargos de la demanda bajo la nueva concepción de la actividad política, que somete la preponderancia personal a las organizaciones políticas e incluso ya desde el punto de vista decisorio al consenso de las bancadas.

Permitir que los partidos o movimientos se inscriban con conexión a la figura de una persona individualmente considerada

(personalismo o no caudillismo o no) implica un gran riesgo -que se materializado en una decisión judicial- para el desenvolvimiento sano de la democracia, porque no siempre puede garantizarse la idoneidad política y peor la idoneidad personal o ideológica. Así pues, con la tesis del proyecto se permitiría la utilización de imagen, que más allá de que se reputa propiedad del partido o movimiento, impacta en la *siquis* del electorado, quien es en últimas el que debe ser protegido dentro del sistema democrático, precisamente a fin de mantener niveles de participación política sanos e igualitarios.

La sentencia contiene argumentos contradictorios, por cuanto a veces se afirma que la única restricción para los logos-símbolos de los partidos es contener o aludir a símbolos o emblemas estatales, pero en otros apartes considera necesario la expedición de ley estatutaria, al punto que en la parte resolutive se exhorta al Congreso para que proceda de conformidad y finalmente, en forma acomodaticia, indica que el CNE puede negar la inscripción de un nombre o símbolo que afecte la seguridad del Estado o ponga en peligro el sistema electoral pero que debe sustentarse en argumentos y pruebas.

Ello evidencia que en un solo texto, el fallo entonces se decantó por la exégesis, la "seudo – exégesis" y la no exégesis, de ahí que se perciba contradictorio y por fuera de la observancia de la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo y cuya carga de rompimiento ha estado y sigue estando a cargo del demandante.

Al margen de esta contradicción, me permito dejar en claro que lo dicho en los artículos 40.3 de la C. P., 5º de la Ley 130 de 1994 y 35 de la Ley 1475 de 2011, no debe interpretarse en el sentido de que el derecho a escoger el nombre y el símbolo de una organización política solamente está limitado por los factores allí señalados, pues como lo mencionó el propio fallo, existen valores constitucionales que sí pueden entrar en juego al momento de decidir sobre ese registro (seguridad nacional o el sistema electoral vigente), pero nuevamente este argumento se opone a la tesis central del proyecto de fallo, en virtud a que evidencia que la actividad política ya no se hace por personas sino por organizaciones, y si ello es así con la misma razón debe afirmarse que a un partido o movimiento político no se les puede dar el nombre de una persona natural, y menos aún si está viva, ya que estaríamos perdiendo varios años de avances democráticos.

Igualmente, se sostiene en la sentencia que la adopción del nombre y la imagen de una persona para identificar una organización política no vulnera el principio de igualdad<sup>2</sup>.

2 La doctrina política consiente de las desigualdades que dentro del ámbito electoral pueden darse, algunas muy expresas y otras imperceptibles pero con alto impacto para la democracia tiende ahora a diferencias entre la noción de igualdad política sustantiva y la igualdad política procedimental. La primera contiene la igualdad entendida como concepto filosófico político, mientras que la segunda a las condiciones institucionales y materiales necesarias para el ejercicio de la participación en el proceso de las decisiones políticas y por ello se afirma que "la participación política efectiva requiere ciertos arreglos institucionales que, de una parte, tiendan a garantizar que todas las personas tengan los recursos materiales necesarios y, de la otra parte, se dirijan a prevenir la formación de factores externos que podrían tratar de sacar ventaja de esas asimetrías" MORALES, Leticia. Derechos sociales y constitucionales y democracia - Precondiciones de la participación política. Marcial Pons. Madrid. 2015. Págs. 279 a 282.

Esta conclusión no toma en cuenta la realidad colombiana. Recuérdese que por el número de partidos y movimientos políticos existentes, y por el gran número de curules a proveer en las corporaciones públicas nacionales, por ejemplo, en la tarjeta electoral solamente puede ubicarse el logo-símbolo de las organizaciones que inscribieron listas, en tanto que los candidatos no pueden aparecer allí por su número sino que figuran en un anexo aparte.

Esto significa que permitir que una organización política adopte el nombre de una persona natural y que además utilice como símbolo la imagen de esa persona, vulnera el principio de igualdad cuando esa persona asuma igualmente la posición de candidato, ya que será el único que podrá figurar directamente en la tarjeta electoral a diferencia de sus compañeros de lista y de las demás personas que aspiren por otros colectivos políticos, quienes tendrán que conformarse con la cartilla anexa.

Por eso insistí en que el análisis de desviación de poder que dio origen a la nulidad de los actos demandados debió ser un poco más estructurado porque se limitó a la expresión *reducción al absurdo*, expresión de fácil interpretación para el autor del documento en este caso para el operador jurídico y sugerí entonces que se analizara desde otros varios supuestos, a saber: la legitimidad de la autoridad competente en materia de publicidad de logos; la publicidad y su alcance dentro de las justas democráticas, en conexión con principios constitucionales y estatutarios y de propósitos en defensa

de la democracia que sobrepasaran en hermenéutica a la exégesis estricta y por demás propia de lo que estaba vigente en el año de 1994, a fin de hacerlo actual y responder a las necesidades del ciudadano como hombre político protagonista de las justas electorales, con un tema tan importante como es la identificación del partido a partir de su logo.

Nuevamente, se pretendió entronizar la tesis de la Ley estatutaria en general para todo lo electoral, se insiste en que este aspecto requiere un análisis que debe ser particularizado, focalizado y concreto, dependiendo de la temática, en tanto la publicidad de partidos políticos en el que se incluyen los logos, constituye un aspecto *"bíbido"*, en tanto contiene muchísimos aspectos privados y de interés particular, que tienden a inclinar la balanza hacia la permisividad de la libertad y autonomía de los partidos, en lo que pareciera que lo más conveniente es que el Estado deba estar bastante alejado para no entorpecer la libertad propia de las justas electorales, pero dependiendo del asunto y de los intereses en juego, luego se responsabiliza al Estado o se pretende que este sea quien solucione la inequidad o desigualdad entre los candidatos, razón por la cual reitero que estos estudios no pueden ser exclusivamente exegéticos. Las anteriores razones son suficientes para soportar mi opinión divergente con la providencia adoptada por la Sección Quinta, el 7 de septiembre de 2015.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Consejera de Estado

**ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA - La sentencia no implicaba el restablecimiento de un derecho automático**

En concreto, el Consejo Nacional Electoral propuso los siguientes cuestionamientos: (i) "¿La sentencia afecta el registro del logo símbolo aprobado mediante Resolución No. 0195 de 2014 del Consejo Nacional Electoral vigente?" y (ii) "¿inmediatamente se debe asumir que la solicitud de registro, de logo símbolo Centro Democrático en principio denegada tendría que ser estudiada nuevamente en los términos de la sentencia proferida de manera automática? O, por el contrario la corporación que represento tendría que esperar nuevamente una solicitud en ese mismo sentido de la colectividad política del caso y con las mismas características para proceder con el cumplimiento del fallo?".

Pasa entonces la Sala a absolver las preguntas formuladas por el apoderado del Consejo Nacional Electoral, conceptos de la parte motiva que tienen incidencia en la parte resolutoria de la providencia objeto de aclaración que declaró la nulidad de los actos demandados:

1) En el fallo, la Sección Quinta advirtió que la decisión no implicaba el restablecimiento de un derecho automático de forma que no puede entenderse que el hoy partido político "Centro Democrático" pase instantáneamente a denominarse "Uribe Centro Democrático". Lo anterior, justamente porque en la actualidad existe un acto administrativo que registró para dicha colectividad un nuevo logo y símbolo, acto que se encuentra surtiendo sus efectos y que no ha sido demandado.

2) En el mismo contexto, el Consejo Nacional Electoral no debe asumir que la solicitud de registro del logo y símbolo, en principio denegada por la autoridad electoral, tendría que ser estudiada nuevamente en los términos de la sentencia proferida, sin embargo, esa Corporación deberá tener presentes las consideraciones de la providencia dictada en caso de que la colectividad solicite el cambio de su actual nombre.

En consecuencia, la parte motiva de la sentencia objeto de aclaración deberá entenderse en los términos aclarados en esta providencia.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C. veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00

Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra

Demandado: Consejo Nacional Electoral

Auto - Decide solicitud de aclaración de sentencia

**I. ANTECEDENTES**

Mediante sentencia de 7 de septiembre de 2015, esta Sala de Decisión: (i) declaró la nulidad de la Resolución N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 "*por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*" y de la Resolución N° 0103 de enero de 2014 "*por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*" proferidas por el Consejo Nacional Electoral y (ii) exhortó al Congreso de la República para que regule la materia objeto de esta providencia.

Del fallo mencionado el Consejo Nacional Electoral solicitó su aclaración de conformidad con los siguientes argumentos:

Aludió que se presenta una divergencia entre la parte motiva y la parte resolutoria de la sentencia de 7 de septiembre de 2015 por cuanto en el acápite denominado "*consideraciones de la Sala*" fueron expuestos argumentos que apuntan a "*(...) recalcar que la decisión que se adoptará en esta providencia no genera restablecimiento automático del derecho*", lo cual, en su sentir, no es acorde con la parte resolutoria de la providencia, por cuanto si bien "*(...) la nulidad simple incoada ataca directamente el acto y no devuelve a las condiciones que alegaba la parte demandante, entre otras, porque nunca se realizó el registro del logo-símbolo pretendido (...)*", lo cierto es que "*(...) la colectividad política del caso decidió registrar ante el CNE, otro nuevo diseño y le fue aprobado, y actualmente esa decisión se encuentra vigente por medio de la Resolución No. 0195 de 2014 del Consejo Nacional Electoral*".

De conformidad con lo anterior propuso los siguientes cuestionamientos: (i) "¿La sentencia afecta el registro del logo símbolo aprobado mediante Resolución No. 0195 de 2014 del Consejo Nacional Electoral vigente?" y (ii) "¿inmediatamente se debe asumir que la solicitud de registro, de logo símbolo Centro Democrático en principio denegada tendría que ser estudiada nuevamente en los términos de la sentencia proferida de manera automática? O, por el contrario la corporación que represento tendría que esperar nuevamente una solicitud en ese mismo sentido de la colectividad política del caso y con las mismas características para proceder con el cumplimiento del fallo?".

En suma, solicitó que se explique y aclare los alcances de la sentencia de 7 de septiembre de 2015 "*(...) cuando afirma que la "providencia no genera restablecimiento automático del derecho", máxime, cuando a juicio de la demandada, en ningún momento se habla en el texto de la decisión judicial proferida, que hubiera una restricción de derechos al Partido Centro Democrático por parte de la Corporación (...)*".

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. De la solicitud de aclaración

El CPACA no regula los mecanismos de aclaración de la sentencia dictada en el trámite de un proceso ordinario como el presente, por lo cual debe aplicarse el artículo 306 de ese Código, que prevé:

*“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”* (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el artículo 285 del Código General del Proceso<sup>1</sup> indica:

*“Artículo 285. Aclaración. 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 que 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”.* (Negrilla y subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, *“la aclaración solo es permitida para concretar conceptos o enmendar frases que ofrezcan serias 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”*<sup>2</sup>.

Es decir, *“para que proceda la aclaración se requiere que se trate de ‘conceptos o frases’ que ofrezcan verdadero motivo de duda, y, además, demostrar que es necesaria la aclaración impetrada porque de no hacerse incidiría sobre los resultados del debate, esto es, que interpretarse de uno u otro modo el*

1 Estatuto procesal que derogó al Código de Procedimiento Civil y que se encuentra actualmente vigente para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de Ponente: Enrique Gil Botero. Auto de 15 de mayo de 2014. Expediente: 05001233100020110046201.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 13 de octubre de 2011, Radicación Interna. 2010-0030, 2010-0039, 2010-0042 y 2010-0052, C. P. Mauricio Torres Cuervo.

*concepto o la frase contenidos en la sentencia se seguirían diferentes resultados en el proceso”*<sup>3</sup>.

Sobre el tema esta Sección recientemente ha dicho:

*“De gran ilustración resulta la doctrina cuando apoyada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia diferencia entre el real objeto de la aclaración y las divergencias que las partes tienen con la decisión: “como la ley no faculta al juez para reconsiderar las sentencias revocándolas o reformándolas, ‘la aclaración versa sobre las dudas que surjan de ellas, que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en esta, por lo cual queda al criterio del juez definir si existen tales dudas, que no son las que las partes abriguen en relación con la legalidad de la misma de las consideraciones del sentenciador, porque si estas pudieran cambiarse o rectificarse, la ley no habría prohibido que el juez modificara el sentido de las sentencias que dicte. Los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador, sino aquellas provenientes de la redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo”*<sup>4,5</sup>.

### 2.2. De la oportunidad en la que se presentó la solicitud de aclaración

En el trámite de un proceso ordinario como el presente se tiene que de conformidad con los artículos 285 y 302 del Código General del Proceso la solicitud de aclaración de la sentencia debe presentarse dentro del término de ejecutoria de la providencia<sup>6</sup>.

En el presente asunto, se observa que el fallo objeto de aclaración fue notificado a los sujetos procesales, de manera personal, en los términos del último inciso del artículo 197 del CPACA y del 203 del mismo estatuto procesal.

La Secretaría de la Sección, aun cuando la notificación personal ya se había surtido a todos los sujetos procesales con éxito, fijó edicto el 15 de septiembre de 2015 y lo desfijó el 17 del mismo mes y año<sup>7</sup>.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia de 10 de octubre de 1962, Radicación No. 2189, C. P. Osvaldo Abello Noguera.

4 Óp. cit. Morales Molina, Hernando. Pág. 500.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Providencia de 31 de octubre de 2013, Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00074-00, C. P. Susana Buitrago Valencia.

6 “Artículo 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren precedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos”.

7 Folio 341.

Así las cosas, el término de ejecutoria dentro del cual podía elevarse la solicitud de aclaración debía contabilizarse teniendo como referente el edicto que se desfijó el día 17 del mismo mes y año.

En este contexto debe tenerse por presentada en tiempo la solicitud de aclaración, toda vez que aquella fue radicada el 21 de septiembre de 2015<sup>8</sup>.

### 2.3. Estudio de la solicitud de aclaración

Como se expuso anteriormente, en concreto, el Consejo Nacional Electoral propuso los siguientes cuestionamientos:

(i) "¿La sentencia afecta el registro del logo símbolo aprobado mediante Resolución No. 0195 de 2014 del Consejo Nacional Electoral vigente?" y (ii) "¿inmediatamente se debe asumir que la solicitud de registro, de logo símbolo Centro Democrático en principio denegada tendría que ser estudiada nuevamente en los términos de la sentencia proferida de manera automática? O, por el contrario la corporación que represento tendría que esperar nuevamente una solicitud en ese mismo sentido de la colectividad política del caso y con las mismas características para proceder con el cumplimiento del fallo?".

Pasa entonces la Sala a absolver las preguntas formuladas por el apoderado del Consejo Nacional Electoral, conceptos de la parte motiva que tienen incidencia en la parte resolutive de la providencia objeto de aclaración que declaró la nulidad de los actos demandados:

1. En el fallo, la Sección Quinta advirtió que la decisión no implicaba el restablecimiento de un derecho automático de forma que no puede entenderse que el hoy partido político "Centro Democrático" pase instantáneamente a denominarse "Uribe Centro Democrático". Lo anterior, justamente porque

en la actualidad existe un acto administrativo que registró para dicha colectividad un nuevo logo y símbolo, acto que se encuentra surtiendo sus efectos y que no ha sido demandado.

2. En el mismo contexto, el Consejo Nacional Electoral no debe asumir que la solicitud de registro del logo y símbolo, en principio denegada por la autoridad electoral, tendría que ser estudiada nuevamente en los términos de la sentencia proferida, sin embargo, esa Corporación deberá tener presentes las consideraciones de la providencia dictada en caso de que la colectividad solicite el cambio de su actual nombre.

En consecuencia, la parte motiva de la sentencia objeto de aclaración deberá entenderse en los términos aclarados en esta providencia.

### III. RESUELVE

**Primero. Aclarar** la sentencia de 7 de septiembre de 2015 en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. Advertir** a los sujetos procesales que contra lo decidido no cabe recurso alguno en los términos del artículo 285 del Código General del Proceso.

Notifíquese y cúmplase

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Esperanza Gómez de Miranda**

Conjuez

8 Folio 351 vuelto.

**NULIDAD - SENTENCIAS****CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Marco normativo que regula sus funciones adscritas en la Constitución y en la ley**

El marco normativo de la competencia asignada al CNE para decidir sobre las impugnaciones presentadas en contra de la Convención del Partido Conservador y de las decisiones que en ella se adoptaron, en particular, determinar si participarían en las elecciones presidenciales para el periodo comprendido entre el año 2014 y 2018 con candidato propio o de coalición y, posteriormente, designar a la doctora Martha Lucía Ramírez como vocera de dicha representación, tiene sustento en la siguiente normativa:

El artículo 265 Superior, según el cual, el CNE regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden.

Específicamente, el numeral 1 de esta disposición, establece como función “Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral” y el numeral 6, consagra lo atinente al deber de “Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”.

El artículo 107 de la Constitución Política, según el cual los Partidos y Movimientos Políticos para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, pueden celebrar consultas populares o internas o interpartidistas, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos y en la ley. Bajo estos lineamientos, los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización.

El artículo 7° de la Ley 130 de 1994, establece que la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos se registrá

por lo establecido en sus propios estatutos, como también que cualquier ciudadano puede impugnar ante el Consejo Nacional Electoral, las decisiones de las autoridades de los partidos y movimientos por desconocer las cláusulas estatutarias contrarias a la Constitución, a la ley o a las disposiciones del CNE.

Finalmente, los artículos 1 y 4 de la Ley 1475 de 2011, preceptúa que la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos se ajustarán a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos de conformidad con la normativa superior, los cuales deben garantizar en sus estatutos.

Por su parte, el artículo 4 de esta misma ley, establece los contenidos mínimos que se deben incorporar en los estatutos de los partidos y movimientos políticos.

**CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Origen político/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Naturaleza/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Composición/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Funciones/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Tiene un específico y singular procedimiento de elección y conformación de carácter eminentemente político/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Tiene unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral**

El Consejo Nacional Electoral es un organismo autónomo de rango constitucional, dotado de autonomía administrativa y financiera, que tiene un origen eminentemente político, por cuanto:

(i) la postulación y elección de los magistrados que representa esta organización, proviene de los partidos políticos y las diferentes bancadas con representación en el Congreso, es decir de las organizaciones de individuos con características

ideológicas o filosóficas afines que convergen en la creación de una entidad más fuerte denominada partido político y

(ii) poseen funciones constitucionales que, aunque de naturaleza netamente administrativa, producen unas consecuencias políticas al interior de los partidos y en la sociedad.

En cuanto a la composición del CNE, se puede afirmar que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2003, dicho órgano está compuesto por nueve miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado, el mencionado Acto Legislativo obedeció a la necesidad de que los partidos políticos se encontraran representados dentro del CNE, garantizando un equilibrio político al momento de decidir los asuntos propios de su competencia, con la posibilidad de que las minorías partidistas tuvieran participación y representación en dicho organismo.

En lo atinente a las funciones que desempeña el CNE, concretamente el Acto Legislativo 01 de 2009, sostiene que el CNE se debe encargar, entre otros, de: ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados, así como reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.

Ahora bien, como lo afirma el Consejo de Estado, aunque las funciones del CNE son en estricto sentido administrativas, su ejercicio genera consecuencias de carácter político en la organización interna de los partidos y de contera en la legitimidad de las decisiones del pueblo.

En razón de lo ya expresado, es que el Consejo de Estado afirma que: "teniendo presente que en el CNE confluyen las diferentes fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático, organizadas por bancadas, y que las decisiones administrativas de este órgano tienen trascendencia importante dentro de la estructura de los partidos y movimientos políticos, no puede concluirse en forma diferente a que el origen de esta institución es eminentemente político".

De la misma manera, la Corte Constitucional en Sentencia C-230A de 2008 indicó que el "(...) origen del Consejo Nacional Electoral confirma su carácter político y su calidad de instancia de concertación entre distintas tendencias políticas en temas tales como los topes de campaña o la publicidad electoral". Por lo tanto, es posible concluir que "(...) de la revisión de los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales puede

establecerse con claridad que el CNE tiene, (i) un específico y singular procedimiento de elección y conformación de carácter eminentemente político y (ii) unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral" que en últimas develan el origen político de dicha autoridad electoral.

**DESVIACIÓN DE PODER - Se concreta cuando se produce el ejercicio de las potestades conferidas para emitir un acto administrativo, con fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico**

Teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado se centra en determinar si el CNE, al expedir las Resoluciones N° 1408 del 24 de abril de 2014, en particular, el artículo segundo, y N° 3127 del 12 de agosto de ese mismo año, incurrió en la causal de nulidad denominada desviación de poder, la Sala precisará el concepto del vicio que se predica de las citadas resoluciones. La desviación de poder es una de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas de manera expresa en la ley, y se concreta, en términos generales, cuando se produce el ejercicio de las potestades conferidas para emitir un acto administrativo, con fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

En efecto, la nulidad de los actos administrativos con fundamento en la causal de desviación de poder, se encuentra contemplada en el artículo 137 del CPACA, como la "desviación de las atribuciones propias de quien los profirió", y se configura "cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia".

Aunque en términos generales, los actos viciados por desviación de poder se encaminan a buscar intereses particulares, es posible que este vicio se presente aun cuando exista un fin de interés general en aquellos, como en los eventos en los que se persigue una finalidad distinta a la asignada a la autoridad pública correspondiente, mediante los actos de creación o de organización.

En este respecto, la Sección Quinta mediante sentencia de octubre de 2013 sostuvo que la desviación de poder no solo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el caso en el que "es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa".

Es decir, aunque el acto en apariencia cumple con el fin encomendado en la norma, en realidad la atribución se utiliza para cumplir con una finalidad distinta.

Esta causal de nulidad: “(...) Se presenta cuando el acto solo formalmente aparece expedido con ajuste a la facultad conferida, pues materialmente en realidad no atiende al fin que la norma que autoriza su producción persigue, sino que está orientado a un propósito diferente que, por lo tanto, resulta ilegítimo (...)” Teniendo en cuenta que en este tipo de hipótesis la autoridad emite un acto administrativo en el marco de sus competencias y, desde una perspectiva formal, reúne todos los requisitos de validez, la acreditación de esta causal impone la necesidad de presentar todos los elementos probatorios conducentes a que el juez vislumbre, sin lugar a dudas, que el resultado de la decisión es distinto al que se hubiera previsto de manera natural, en caso de que la norma se hubiera aplicado tal y como aparece consagrada en el ordenamiento jurídico. (...) así pues, existe desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral/ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Resolución por la cual se resuelven las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional de Partido Conservador Colombiano/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Incurrió en desviación de poder al emitir el exhorto contenido en el artículo segundo de la Resolución 1408 de 2014/DESVIACIÓN DE PODER - Se impuso un requisito que ni la Constitución ni la ley ni los estatutos del partido consagraban**

En el caso concreto, el demandante aduce que la causal de nulidad por desviación de poder se configuró en las Resoluciones N° 1408 del 24 de abril de 2014 y N° 3127 del 12 de agosto de ese mismo año, porque con ellas el fin perseguido por el Consejo Nacional Electoral era permitir que, por lo menos, uno de los miembros del partido conservador, senador de la República y miembro del directorio de dicha colectividad, apoyará otra candidatura presidencial sin que por esta conducta incurriera en la prohibición legal y constitucional de la doble militancia.

Esta Sala encuentra acreditada la causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, frente al exhorto que se demandó, en razón a que la actuación de la administración se desvió del fin que debía asegurar, que no era de verificar si las decisiones del partido se ajustaron a las normas que guiaban su actuación en el escenario específico de la Convención.

La Sala concluye que el condicionamiento que hizo el CNE, resulta contradictorio y carente de sentido frente a lo que se había resuelto en el artículo primero de la Resolución N° 1408 de 2014, pues si la autoridad resolvió no declarar la procedencia de las pretensiones de los impugnantes, porque la

Convención y sus decisiones fueron conformes a los estatutos y a las normas que regulaban dicha reunión, no se entiende cómo a través de una figura jurídica como la del exhorto, cuya naturaleza principalmente es llamar la atención a las autoridades competentes para que cumplan con sus deberes constitucionales y legales, se impusiera el cumplimiento de un requisito para que las decisiones del partido fueran oponibles a sus miembros y a terceros, condicionamiento que no le correspondía imponer.

Más aun, cuando se trataba de un requisito de imposible cumplimiento, al punto que dicha certificación nunca se expidió, entre otras razones, porque (i) como consecuencia de lo acontecido en la Convención, el directorio no se volvió a reunir y (ii) dentro de las atribuciones de este órgano no se encuentra la de expedir certificaciones sobre la transparencia del sistema de votación, pues para ello contrató una empresa encargada realizar este, la cual certificó que los equipos y el sistema en general funcionaron perfectamente.

En este orden de ideas, el CNE utilizó la atribución conferida en el artículo 265-6 Superior, más allá de las facultades naturales y obvias de analizar las decisiones adoptadas por el partido, a la luz de la Constitución, la ley y los estatutos, para al amparo de ellas, establecer un condicionamiento artificioso que evidentemente iba a repercutir en las decisiones que tomarían los miembros del partido.

Por tanto, se concluye que el fin del exhorto era otro al contemplado en el artículo 265 Superior, numerales 1 y 6. (...) bajo esta línea argumentativa, la Sección colige que se encuentra configurada la causal de desviación de poder, porque la condición contenida en el artículo segundo de la Resolución No. 1408 de 2014 bajo el apariencia de cumplir la finalidad consagrada en el artículo 265 de la Constitución, que le confiere la atribución al CNE de verificar si las decisiones impugnadas se ajustan a las normas superiores, a la ley y a los estatutos del partido, no se dio, por cuanto impuso un condicionamiento que además de ser contradictorio con el análisis que había efectuado relativo a la legalidad y transparencia de las decisiones adoptadas en la Convención del Partido, dejaba sin efectos aquellas, a partir del condicionamiento expuesto, abriendo la posibilidad que cualquier miembro de esa colectiva, específicamente, de aquellos que no acompañaban la propuesta que se impuso mayoritariamente, pudieran apoyar otras candidaturas sin incurrir en una conducta reprochable en los términos del artículo 107 Superior, según el cual está prohibido a los integrantes de un partido o movimiento político apoyar otras candidaturas.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014. Si bien la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014 también fue demandada, lo cual se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 163 del CPACA que entiende

demandados los actos que resolvieron los recursos del acto administrativo del que se pretende la declaratoria de nulidad, lo cierto es que aquella ni confirma, ni revoca, ni modifica el artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014, pues decidió “(...) Abstenerse de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra del artículo 2° de la Resolución 1408 de 2014 (...)”. Por tanto, no se declarará la nulidad de esta resolución.

Norma demandada: Resolución 1408 de 2014 (24 de abril) - artículo 2° Consejo Nacional Electoral (anulada)/ resolución 3127 de 2014 (12 de agosto) Consejo Nacional Electoral

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00139-00

Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra

Demandado: Consejo Nacional Electoral

La Sala procede a proferir sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Las pretensiones**

El ciudadano Pedro Felipe Gutiérrez Sierra interpuso demanda de simple nulidad contra la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 “*Por la cual se resuelven las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador Colombiano, en especial las de tener candidato presidencial propio y la de elegir a la doctora Martha Lucía Ramírez como su candidata presidencial*” y contra la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014 “*Por medio de la cual se adoptan decisiones frente a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N° 1408 de 2014*”.

Para el efecto, presentó las siguientes pretensiones:

*“1.1 Que es nulo el artículo 2 de la resolución 1408 de 24 de abril de 2014, mediante el cual el Consejo Nacional Electoral condicionó lo resuelto en el artículo 1° del mismo acto administrativo, de desestimación de las impugnaciones contra las decisiones*

*de la Convención Nacional del Partido Conservador Colombiano realizada el 26 de enero de 2014, de tener candidato propio y de que lo fuera la doctora Martha Lucía Ramírez, condicionamiento encaminado a permitir que un Senador por el Partido Conservador y Candidato al Senado por la misma organización política pudiera apoyar al candidato de otro partido a la Presidencia de la República” (Folio 1).*

*“1.2 Que es nula la resolución 3127 de agosto 12 de 2014, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral resolvió abstenerse de resolver los recursos de reposición interpuestos contra el artículo 2 de la resolución 1408 de 2014, con fundamento en que era inane resolverlos por haber transcurrido el proceso electoral a la Presidencia de la República” (Folio 2).*

**1.2. Hechos**

El actor señaló que el doctor Roberto Víctor Gerlén Echeverría, en su calidad de Senador de la República por el Partido Conservador Colombiano, lideró la propuesta en su organización política de tener candidato de coalición a la Presidencia de la República para el período 2014-2018, en tanto que otros militantes del mismo partido apoyaron la de tener candidato propio.

El 26 de enero de 2014, la Convención Nacional del Partido Conservador discutió dos propuestas frente a la candidatura a la Presidencia de la República: (i) la del Senador Gerlén Echeverría (Senador por esa colectividad y cabeza de lista al Congreso de la República para ser reelegido), quien propuso tener un candidato de coalición y (ii) la de tener un candidato propio.

La Convención Nacional del Partido Conservador acogió la segunda propuesta y escogió a la doctora Martha Lucía Ramírez como su candidata a la Presidencia de la República.

El 28 de enero de 2014, el señor Guillermo Reyes González presentó ante el Consejo Nacional Electoral (CNE), demanda de impugnación contra la decisión adoptada el 26 de enero de 2014 por la Convención Nacional del Partido Conservador. Así mismo, el ciudadano Carlos Julio Manzano Ocampo presentó “*demandas de Acción de Nulidad Electoral*” contra las decisiones de la Convención del Partido Conservador de 26 de enero de 2014.

La doctora Martha Lucía Ramírez inscribió su candidatura por el Partido Conservador Colombiano a la Presidencia de la República para el período 2014-2018, el 20 de febrero de 2014 y, en consecuencia, en esa misma fecha, según lo señaló el actor, consolidó como situación jurídica dentro del Partido Conservador, la prohibición a sus miembros de apoyar una candidatura distinta a la de Martha Lucía Ramírez, so pena de incurrir en la prohibición constitucional de la doble militancia.

El 24 de abril de 2014, mediante Resolución N° 1408 de 2014, el CNE resolvió “(...) no acceder a las pretensiones incoadas por los Dres. Guillermo Francisco Reyes y Carlos Julio Manzano” y exhortó “(...) a la Dirección Nacional del Partido Conservador Colombiano a expedir la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional realizada el 26 de enero de 2014, con la finalidad que las decisiones ahí tomadas puedan producir la plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponible a sus afiliados y a terceros”.

El Partido Conservador interpuso de manera oportuna el recurso de reposición contra el artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014, aduciendo que era improcedente en cuanto implica un fallo extrapetita y contradictorio frente a lo resuelto en el artículo primero de la misma resolución, en el que se desestimaron las impugnaciones formuladas contra las decisiones de la Convención Nacional del Partido Conservador, celebrada el 26 de enero de 2014.

Mediante la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014, el CNE resolvió abstenerse de resolver el recurso de reposición interpuesto, con el propósito de “(...) impedir un desgaste innecesario del aparato estatal (...)”, con lo cual dejó en firme la Resolución N° 1408 de 24 de abril de 2014.

### 1.3. Los actos acusados

El actor afirma que se encuentran viciados de nulidad los siguientes actos:

**1.3.1.** La Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 “*Por la cual se resuelven las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional de Partido Conservador Colombiano, en especial las de tener candidato presidencial propio y la de elegir a la doctora Martha Lucía Ramírez como su candidata presidencial*”, expedida por el CNE en la que resolvió:

*“Artículo primero. No acceder a las pretensiones incoadas por los Dres. Guillermo Francisco Reyes y Carlos Julio Manzano en las impugnaciones que presentaron en contra de las decisiones proferidas en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador, realizada el 26 de enero de 2014, en especial las de acudir a las elecciones presidenciales con candidato propio y la de tener como tal a Martha Lucía Ramírez.*

*Artículo segundo. Exbórtese a la Dirección Nacional del Partido Conservador Colombiano a expedir la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional realizada el 26 de enero de 2014, con la finalidad que las decisiones ahí tomadas puedan producir la plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponible a sus afiliados y a terceros.*

*Artículo tercero. No reponer la Resolución 1252 del 17 de marzo de 2014(...).”*

Para sustentar la anterior decisión, el CNE esgrimió, en síntesis, los siguientes argumentos:

- En relación con la vulneración de los principios de participación, igualdad y pluralismo de un sector de la colectividad que apoyaba la posición de candidato de alianza o de coalición, ante la imposibilidad de exponer su propuesta por los constantes abucheos de los asambleístas, manifestó que las algarabías, rechiflas, algarazas, silbatinas y demás manifestaciones de censura, son propios e inherentes a los debates políticos de masas y a los ejercicios democráticos.
- A su juicio, el fervor popular, en muy pocas ocasiones, se exterioriza de manera sosegada y silenciosa.
- Así mismo, consideró que la mesa directiva de la Convención, cumplió con el rol que tal dignidad y las circunstancias fácticas le imponían, e hizo todo lo que estuvo a su alcance para garantizar el derecho al uso de la palabra al sector adepto a la postura de que el partido concurriría a las elecciones con un candidato presidencial de coalición.
- Con respecto al argumento de falta de quórum, sostuvo, que mientras estuvieran presentes la mitad más uno de los 2252 asistentes acreditados para votar, esto es, siempre que se encontraran 1127 convencionistas con derecho a voz y voto, existía quórum tanto para deliberar como para decidir. Para ello, tuvo en cuenta que el quórum se identificó comparando el número de acreditados con derecho a voto presentes en el salón, frente al número reportado como tal de los convencionistas acreditados y registrados.
- Frente a la censura por haberse repetido la votación electrónica fallida, señaló que se probó que la mesa directiva después de mucho deliberar, y luego de confirmar que, no obstante las vicisitudes que se presentaron para registrar el voto electrónico, el sistema de votación como tal funcionaba correctamente, decidió repetir la votación continuando con la implementación del voto electrónico.
- No encontró norma constitucional, legal, estatutaria o reglamentaria alguna, que impidiera a los directivos de la Convención ordenar la repetición de la votación, más aún cuando la decisión fue producto del fallido primer intento de sufragio, y no como consecuencia de una disolución del quórum convencional.
- La decisión de abrir o no a las votaciones no le correspondía al Comité de Garantías, pues esa facultad es del Presidente y/o Vicepresidente y del Secretario del Directorio Nacional, quienes en los términos del artículo 32 de los estatutos del Partido Conservador, dirigen y orientan el desarrollo de la Convención.

- Para el CNE, cuando en ejercicio de sus facultades estatutarias la Dirección Nacional decidió que, en desarrollo de la Convención, debía proferirse una certificación de transparencia del sistema de votación, creó un requisito, una forma, una exigencia sustancial de procedimiento, que necesariamente debió observarse, cumplirse y expedirse en curso de la Convención, para que pudiera predicarse la plenitud del perfeccionamiento de los actos que en el marco de ella se profirieron.

Evidenció que nunca fue certificado que los votos que se registraron ciertamente correspondían a las personas habilitadas para votar, y/o que, en efecto, quienes tenían derecho a voz y voto en este escenario fueron quienes indudablemente votaron.

- 1.3.2. La Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014 “*Por medio de la cual se adoptan decisiones frente a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 1408 de 2014*”, mediante la cual resolvió:

“**Artículo Primero.** Abstenerse de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra del artículo 2° de la Resolución 1408 de 2014 (...)”.

La anterior decisión se fundamentó en que las decisiones adoptadas por los miembros de la colectividad **surtieron plenos efectos jurídicos** -aspecto que se discutía en los recursos instaurados-, por cuanto en las elecciones presidenciales efectuadas en mayo de 2014, el Partido Conservador Colombiano presentó un candidato propio: la doctora Martha Lucía Ramírez. En consecuencia, concluyó que debían evitarse actuaciones que generaran un desgaste innecesario del aparato estatal, cuyo resultado sería inane.

#### 1.4. Cargo de nulidad

El señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra, invocó como normas infringidas las disposiciones contenidas en los artículos 29, 40, 107 y 209 de la Constitución Política<sup>1</sup>, el artículo 2 de la Ley

1 Artículo 29. 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.

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas

sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública.

Artículo 107. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 01 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.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. 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 resultado de las consultas será obligatorio.

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada 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.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

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.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

1475 de 2011<sup>2</sup> y los artículos 3, 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup>.

2 Artículo 2º Ley 1475 de 2011. 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.

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.

3 Artículo 3º. Ley 1437 de 2011. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer

Bajo esta misma línea argumentativa, el señor Gutiérrez Sierra afirmó que los actos acusados estaban viciados de la causal de nulidad denominada “*desviación de poder*”. Para sustentar esta postura expuso los siguientes argumentos:

- Refirió que el CNE pese a no acceder a las pretensiones incoadas por los impugnantes, decidió suspender los efectos de la Convención Nacional del Partido Conservador hasta tanto se practicara una prueba extemporánea, con el propósito de permitir que el Senador y candidato al Congreso de la República, Roberto Víctor Gerlén Echeverría, pudiera apoyar otra candidatura.

A su juicio, en la Resolución N° 1408 de 2014 se señaló que estaba comprobado que al Senador Gerlén Echeverría se le concedió el uso de la palabra y que inició su intervención para exponer la tesis de alianza o coalición. En este mismo acto, se afirmó que no se habían desconocido los derechos de participación, igualdad y pluralismo en el desarrollo de la Convención Nacional del Partido Conservador y, por el contrario, se desvirtuaron uno a uno todos los argumentos de censura propuestos por los impugnantes; sin embargo, en dicho acto, sin fundamento alguno, se resolvió suspender los efectos de lo resuelto por la Convención del Partido Conservador.

al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

**Artículo 40. Ley 1437 de 2011. Pruebas.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

**Artículo 42. Ley 1437 de 2011. Contenido de la decisión.** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

- Manifestó que el CNE estableció un condicionamiento que, a la luz de las normas constitucionales, legales y de procedimiento, resultaba contrario a derecho, por cuanto lo que se buscaba era permitir que el Senador Roberto Víctor Gerlén Echeverría apoyara la aspiración a la Presidencia de la República del candidato de otro partido, sin incurrir en el fenómeno jurídico de la doble militancia.
- Para sustentar este aserto, indicó que la Carta Política plantea como restricción excepcional al derecho de pertenecer libremente a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, el militar simultáneamente en dos o más organizaciones de naturaleza política.
- Sostuvo que una vez el CNE realizó el fin previsto en el ordenamiento jurídico a partir de sus funciones, esto era, resolver el fondo del asunto desestimando las impugnaciones contra las decisiones de la Convención Nacional del Partido Conservador de 26 de enero de 2014, por encontrarlas conformes a derecho, no podía, a su vez, suspender lo resuelto en esa reunión, en la medida en que con ello violaba el principio de eficacia aplicable a todas las actuaciones administrativas.
- Indicó que cuando el CNE requirió una prueba fuera de la etapa probatoria, pese a admitir que las decisiones de la Convención del Partido Conservador estaban conformes al ordenamiento jurídico, era una evidencia de que los magistrados del mencionado Consejo buscaban una finalidad distinta a la consagrada en la ley.
- Agregó que el CNE al abstenerse de tramitar los recursos de reposición interpuestos en contra del artículo segundo contentivo del exhorto cuestionado, mediante la Resolución N° 3127 de 2014, desconoció los principios constitucionales de celeridad y eficacia, que deben guiar las actuaciones de la administración.
- Finalmente, señaló que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, la administración no está autorizada para expedir decisiones de fondo condicionadas a recaudar material probatorio que no fue sometido a discusión en el trámite del proceso, condicionamiento que hace irregular la decisión que se tomó.

## 2. Trámite procesal

Mediante auto del 22 de octubre de 2014, el Despacho Ponente admitió la demanda de nulidad presentada por el señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra y ordenó la notificación personal al presidente del Consejo Nacional Electoral; al agente del Ministerio Público; al director del Partido Conservador Colombiano y a la doctora Martha Lucía Ramírez, por tener interés directo en el resultado del proceso; así mismo, ordenó comunicar a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado; y finalmente, ordenó informar a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación.

## 3. Contestación de la demanda

El apoderado del CNE, mediante escrito presentado el 29 de enero de 2015 (Folios 285 a 313), señaló que las facultades constitucionales que tiene el Consejo Nacional Electoral, derivadas del ejercicio de la potestad de policía administrativa, no son un fin en sí mismo, sino un mecanismo para garantizar el respeto de valores superiores o derechos fundamentales.

Destaca que entre sus deberes se encuentran: garantizar la armonización del sistema jurídico, integrar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios y reglas que le corresponde materializar.

Aclaró que las actuaciones adelantadas durante el proceso que originó el vocativo de la referencia, tiene su fundamento en el precepto de *garantía constitucional*, en tanto se busca que en los procedimientos internos de los partidos políticos se observen y acaten sus estatutos.

Señaló que el ordenamiento jurídico electoral que rige en Colombia para las organizaciones políticas está conformado por la Constitución, la ley, las regulaciones del Consejo Nacional Electoral, y por último, los estatutos del partido o movimiento político, así como las decisiones y reglamentaciones que adopten sus órganos internos.

Agregó que el artículo 108 de la Constitución Política reconoce que las Convenciones de las Organizaciones Políticas son el órgano supremo de dirección y manejo de estas, comoquiera que a ellas corresponde las decisiones más importantes y se constituyen en el escenario en el que sus miembros pueden influir en el proceso de toma de decisiones.

Indicó que el artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014 debe entenderse como un complemento de su decisión, por cuanto esa Corporación, en aras de proteger el principio de autonomía de los partidos, conminó al Partido Conservador a que, en uso de sus procedimientos internos, exhorte *"a la Dirección Nacional del Partido Conservador Colombiano a expedir la certificación de transparencia del sistema de vinculación empleado en la Convención Nacional realizada el 26 de enero de 2014, con la finalidad que las decisiones ahí tomadas puedan producir la plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponible a sus afiliados y a terceros"*<sup>4</sup>.

Concluyó que no es posible afirmar que el pronunciamiento citado está encaminado a permitir que un Senador del Partido Conservador y candidato al Senado por esa misma organización política, pudiera apoyar al candidato de otro partido a la Presidencia de la República.

<sup>4</sup> Folio 224.

Agregó que las manifestaciones del demandante son de su libre y espontáneo juicio, sin elemento probatorio ni argumentación jurídica alguna.

#### 4. Audiencia inicial

El 15 de abril de 2015 se realizó la audiencia inicial en la cual se sanó el proceso, se fijó el objeto del litigio, el cual se analizará en el aparte correspondiente de esta providencia, y se decretaron pruebas.

En efecto, en el marco de la audiencia inicial se tuvieron como pruebas las documentales solicitadas por el demandante. Se puso de presente que la parte demandada en su escrito de contestación, no solicitó la práctica de pruebas ni allegó documentos para que estos fueran analizados; y advirtió que el director del Partido Conservador y la doctora Martha Lucía Ramírez no dieron respuesta a la demanda y, por tanto, no hicieron ninguna solicitud en materia probatoria.

Adicionalmente, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, y 212 del Código General del Proceso, el Despacho decretó de oficio pruebas testimoniales, en particular, citó a la doctora Martha Lucía Ramírez y al doctor Roberto Víctor Gerlén Echeverría, para que expusieran sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la Convención del Partido Conservador efectuada el 26 de enero de 2014.

Así mismo, decretó pruebas documentales con el fin de que el director del Partido, manifestara si fue expedida la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional realizada en esa fecha, en cumplimiento del exhorto que se hizo en el artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014 del CNE. También le solicitó al CNE que remitiera copia auténtica de la diligencia de inspección ocular a los archivos y bases de datos del Partido Conservador decretada por auto CNE-JVP-18 de 31 de enero de 2014 y realizada el 11 de febrero de 2014, así como de la declaración del señor Juan Carlos Wills Ospina, representante legal de dicha organización política, recibida en esa misma diligencia.

Finalmente, de conformidad con el inciso final del artículo 180 del CPACA, se fijó el día 27 de abril de 2015, a las 11:00 a. m., como fecha para realizar la audiencia de pruebas.

#### 5. Audiencia de pruebas

El 27 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la que el magistrado sustanciador advirtió que los documentos decretados en la audiencia inicial no habían sido allegados al expediente, por lo que se dispuso que una vez remitidos se pusieran a disposición de las partes y de terceros por el término de cinco días, sin necesidad de auto que así lo ordenara. Así mismo, solicitó a la Secretaría que requiriera a las entidades para la remisión de los documentos, advirtiéndoles sobre las sanciones de ley ante su incumplimiento.

Por otro lado, el Consejero Ponente manifestó que el día 24 de abril de 2015 el Senador Gerlén Echeverría, solicitó la fijación de una nueva fecha para declarar, en razón a que se encontraba en un tratamiento médico que le impedía comparecer.

Así mismo indicó que la doctora Marta Lucía Ramírez se había excusado de asistir a la diligencia porque su esquema de seguridad no le había permitido desplazarse hasta el centro de la ciudad en razón a las marchas del paro educativo.

En consecuencia, se fijó el día 6 de mayo de 2015 a las 11:30 a. m. para la continuación de la audiencia de pruebas, con el fin de recibir la prueba testimonial ordenada.

El 6 de mayo de 2015 se continuó con la audiencia de pruebas en la cual se practicó la recepción del testimonio del señor Roberto Víctor Gerlén Echeverría y de la señora Martha Lucía Ramírez.

Finalmente, se señaló que se daría aplicación al último inciso del artículo 181 del CPACA relacionado con la presentación de alegatos de conclusión por escrito, de manera que las partes, los terceros y el Ministerio Público dispondrían del término conjunto de diez días para presentar, por escrito, sus alegatos de conclusión. Así mismo, se precisó que dicho término empezaría a correr una vez vencidos los cinco días otorgados para que las partes conocieran de los documentos allegados al plenario.

#### 6. Alegatos de conclusión

En el marco del proceso de la referencia solo el demandante presentó alegatos en escrito radicado el 22 de junio de 2015, en el que sin realizar consideración adicional, reafirmó los argumentos expuestos en la demanda.

#### 7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado señaló que la pretensión del actor, para que se declare la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 y de la Resolución 3127 del 12 de agosto de 2014, no estaba llamada a prosperar. Para el efecto, sostuvo que:

Frente a la causal de nulidad relacionada con la desviación de poder, la vista fiscal consideró que la decisión del CNE no tuvo como finalidad la señalada por el demandante, esto es, permitir que un Senador por el Partido Conservador y Candidato al Senado por la misma organización política pudiera apoyar al candidato de otro partido a la Presidencia de la República.

Por el contrario, consideró que dicha decisión tiene por objeto el cumplimiento de las disposiciones que rigen la actividad de los partidos y, de contera, las normas que regulan las convenciones del Partido Conservador, es decir, la decisión del CNE se ajustó al régimen jurídico del partido.

Señaló que las afirmaciones del actor carecían de prueba y no tenían la fuerza para enervar la presunción de legalidad del acto acusado, en tanto, para la prosperidad de la pretensión con fundamento en esta causal de nulidad de los actos administrativos, no basta con afirmar que la atribución o facultad se ejerció para un fin diverso, es necesario probarlo, asunto que, en el caso de la referencia no se hizo.

Agregó que conforme a la jurisprudencia se debe demostrar que la actuación de la administración se desvió del fin propuesto. En el caso concreto era la defensa de la legalidad de la actuación del partido, en donde el actor no demostró que no se cumpliera en razón del exhorto cuestionado.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta para conocer del medio de control de nulidad está en el artículo 149 numeral 1 del CPACA; al igual que por lo establecido en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003, que modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.2. Fijación del litigio

Es pertinente indicar que en la audiencia inicial que se efectuó el 15 de abril de 2015, se fijó el litigio de la siguiente manera:

¿Las Resoluciones 1408 de 24 de abril de 2014 y 3127 de 12 de agosto de 2014, expedidas por el CNE, están afectados de nulidad por desviación de poder, es decir, se expidieron con la finalidad de impedir que el congresista Roberto Gerlén incurriera en doble militancia por apoyar a un candidato distinto al del partido en el que milita y para tal fin, suspendieron los efectos de las decisiones adoptadas en la convención de dicha organización política a la expedición de la certificación de transparencia del sistema de votación allí empleado?

Esta fijación del litigio no fue objeto de ningún reproche por las partes en el vocativo de la referencia.

La razón de la importancia de esta oportunidad procesal radica sin lugar a hesitación alguna, en que es en este momento en que el juez y las partes establecen los problemas jurídicos litigiosos que se han de resolver, acorde a los hechos controvertidos y/o aceptados en la demanda y su contestación.

Lo anterior significa que si bien la acción o medio de control activa o pone en movimiento el aparato jurisdiccional, y la contestación de la misma genera y permite a las partes y terceros interesados ejercer su derecho de defensa dentro de los principios que orientan el debido proceso, es real y ciertamente en la fijación del litigio en donde las partes bajo

la dirección del juez, concretan, determinan, establecen los hechos que aceptan y aquellos objeto de probanza durante el mismo.

La finalidad de esta diligencia durante la audiencia inicial, no es otra que la de racionalizar y delimitar la actuación procesal y circunscribir los problemas jurídicos a lo estrictamente requerido por las partes, por ser esta una etapa preclusiva, en donde se fija la *litis* en forma definitiva, a partir de la cual las partes deben dirigir su conducta procesal y el juez pronunciar la sentencia.

En otras palabras, si bien la demanda y la contestación se convierten en el primer paso que tienen las partes para determinar el objeto del litigio, el señalamiento definitivo de este en la audiencia inicial, permitirá una depuración de los extremos de la controversia, en la medida en que entre las partes y el juez se señalan y determinan los presupuestos fácticos y los problemas jurídicos que habrán de resolverse en la sentencia según su probanza y los análisis jurídicos propios de la interpretación judicial.

En este sentido, es el juez, desde su función de conductor del proceso, el que indica a los sujetos procesales cuáles son los problemas jurídicos planteados, sobre los cuales versará la decisión y frente a los cuales las partes han de dirigir sus esfuerzos tanto probatorios como argumentativos para hacer prevalecer su posición jurídica.

Desde esta perspectiva, la fijación del litigio se convierte en la determinación de las "reglas de juego a seguir dentro del debate procesal", a partir de las cuales las partes y el juez deben encauzar su actuación, dentro del marco de los principios de congruencia, buena fe, lealtad procesal y debido proceso, entre otros, que guían la función judicial.

Si se entiende que es en la fijación del litigio en donde se determinan las reglas de juego, la Sección debe resolver un interrogante que surge a partir de las afirmaciones precedentes:

¿Es posible que el juez se pronuncie sobre aspectos que si bien no fueron taxativa, expresa y específicamente establecidos en la fijación del litigio, es decir, que no fueron explícitamente incluidos en el contenido literal del acta de la audiencia inicial, grabada y suscrita por quienes en ella intervinieron, pero que razonablemente se entienden incluidos desde la inteligencia de su señalamiento?

Esta pregunta puede ser absuelta desde dos perspectivas, así:

La **primera** abogaríá por indicar que una vez concretados estos aspectos, ni las partes ni el juez pueden dirigir sus esfuerzos a probar o determinar asuntos que no fueron tratados expresamente en la fijación. Es decir, que la fijación determina la conducta procesal tanto de las partes como del juez y, por tanto, es un límite que impide al juez pronunciarse sobre aquellos aspectos que no fueron expresamente estipulados en aquella, porque cualquier determinación sobre ellos implicaría

una vulneración del debido proceso de las partes en tanto estas resultarían sorprendidas con la decisión de esos tópicos.

La segunda propendería porque la fijación del litigio si bien es una técnica de reducción de la complejidad de los problemas planteados por las partes, ella no constituye la resolución definitiva de los extremos de la litis, en el entendido en que este se resuelve en el fallo y, por tanto, aquella puede alcanzar mayores niveles de abstracción, de discusión jurídica que los trazados en esa diligencia inicial.

En consecuencia, si bien esa fijación guía la senda en que se inicia el descubrimiento de los elementos materiales para arribar a una decisión, ella no puede condicionar el resultado de esta; pues este solo se podrá determinar cuando se valoren las pruebas, se reconstruyan las argumentaciones, se determine la línea jurisprudencial aplicable al caso, para resolverlo definitivamente.

Esta posición dice tener respaldo normativo en los artículos 187 del CPACA y 281 y 282 del C. G. P., los cuales enuncian el carácter provisional de la fijación del litigio, cuando insisten que en la sentencia se decidirá sobre cualquier otra excepción que se encuentre probada; que se estudien y decidan todas las excepciones a pesar del silencio del a quo (CPACA) y que en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos o excepciones de fondo los debe decretar de oficio.

Esta sección, no tomará partido por ninguna de las posturas descritas, pero sí debe señalar, que si bien acepta sin reticencia alguna que la fijación del litigio determina la conducta de las partes y del juez durante el proceso como la decisión de fondo que este debe dictar, **también admite que si hay asuntos que razonablemente e implícitamente se encuentran incluidos en la inteligencia de aquel**, los cuales fueron asumidos y admitidos por las partes, desplegando una conducta procesal frente a ellos, el fallador puede y debe pronunciarse sobre esos aspectos no incluidos expresa y/o literalmente en la fijación del litigio, pero que se desprenden de él de forma clara y contundente.

Entiende la Sala de Sección que el juez puede pronunciarse sobre estos aspectos, sin que se pueda alegar la violación del derecho fundamental al debido proceso, bien porque en la etapa probatoria estos se evidenciaron y/o porque las partes entendieron que estos hacían parte de la fijación, lo que se comprobaría, por ejemplo, con sus alegaciones, o porque esos aspectos desde la óptica de la racionalidad de la decisión requieren ser tratados en ella.

En efecto, si como lo indicará Carnelutti<sup>5</sup>, el litigio se entiende como “*el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*”. O como lo indica otro procesalista, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo<sup>6</sup>,

quien define el litigio como todo “... *conflicto jurídicamente trascendente, que concluya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa*”, debe admitirse, en consecuencia, que esa fijación hace referencia a la pretensión de quien demanda, en donde el juez para resolverla ha de hacer unas valoraciones que dependerán de lo probado en el proceso.

Por tanto, si lo que se busca es la resolución de una controversia que satisfaga, entre otros, los fines del Estado, entre ellos el orden justo, la convivencia pacífica como los derechos de los asociados, no se le puede impedir al juez que haga pronunciamientos que si bien parten de los componentes o extremos en que se fijó el litigio, **no fueron literal o expresamente contemplados en él**.

Esta postura de la Sala, entiende el derecho al debido proceso desde una perspectiva razonable, en la que se han visto satisfechas las garantías esenciales que lo componen, entre ellas, la defensa y la contradicción, y, en consecuencia, no puede acusarse al juez de exceder los límites de su competencia cuando al resolver una cuestión puesta a su conocimiento, emite pronunciamientos que surgen de la fijación inicial que se hizo del litigio previamente determinado con las partes, **que aunque no fueron literal y expresamente consagradas en él**, se derivan de su inteligencia y razonable entendimiento, al punto que así lo dedujeron los sujetos procesales durante todo el curso del proceso, refiriéndose a estos aún en las alegaciones conclusivas.

Esta postura que acoge la Sala, entiende que cuando el legislador determinó que en la audiencia inicial, entre otros, se debía fijar el litigio, facultó al juez para que en un diálogo con las partes, estableciera los extremos que serían objeto de discusión, admitiendo que sobre ellos han de versar las actuaciones posteriores, sin que esa fijación, en sí misma considerada, impida al juez, al momento de fallar, articular lo que se demostró en el proceso para hacer un pronunciamiento acorde con lo propuesto inicialmente.

No se trata, como lo entienden los defensores de la primera postura expuesta, que el juez sorprenda a las partes con pronunciamientos sobre asuntos que no fueron objeto de la controversia. No. Se repite, la decisión debe guardar coherencia con lo que se indicó en la fijación del litigio, sin que ello implique que el juez no pueda hacer pronunciamiento que tengan como punto de partida la fijación y resulten necesarios desde la razonabilidad e inteligencia de aquel, una vez las ha advertido en procura de una decisión justa, en cumplimiento, como director del proceso, entre otros, de su función de garante del interés general y de los derechos de los asociados.

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*”<sup>7</sup>, en la medida

5 Francesco Carnelutti. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen 5 Primera Serie.

6 Gómez Lara, Cipriano. Teoría general del proceso. Oxford, págs. 1 y 2.

7 Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso. Segunda Edición. Pág. 290.

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.

Lo expuesto en precedencia tiene trascendencia en el caso de la referencia, en tanto y es oportuno dejarlo expuesto desde ahora, la discusión de la Sala giró en torno a si en este caso era necesario que se probara que la desviación del poder objeto de fijación del litigio buscaba permitir expresamente que un miembro individualizado del Partido Conservador pudiera apoyar otras candidaturas, como quedó reseñado en la fijación del litigio o si bastaba con demostrar que el fundamento de ese exhorto podía, entre otros, tener como finalidad el permitir de forma general a cualquiera de los miembros de esa colectividad apoyar otras candidaturas.

La tesis mayoritaria se inclinó por entender que el pronunciamiento de la Sala podía centrarse en definir si el Consejo Nacional Electoral, al introducir el condicionamiento del numeral 2 de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 incurrió en una desviación de poder como una causal de nulidad de los actos administrativos, para permitir, entre otros, el posible apoyo de los miembros del Partido Conservador a otras candidaturas sin incurrir en doble militancia, sin que un pronunciamiento en ese sentido, implicará un desconocimiento de la fijación de litigio que se hizo en la audiencia inicial, el cual expresamente se refirió a una persona en particular y no a todos miembros del partido.

La Sala entendió que de esta manera procuraba y protegía de una mejor manera la función del juez contencioso en el medio de control de simple nulidad, que no es otro, que determinar que el acto correspondiente se ajuste a los presupuestos constitucionales o legales, bajo la égida de mantener un orden justo.

Hecha la anterior aclaración y previo el análisis propuesto, se hará alusión al marco normativo que regula las funciones del Consejo Nacional Electoral y su origen, para entender la competencia que ejerció el CNE al expedir los actos acusados, especialmente, el numeral 2 demandado.

### 2.3. Marco normativo que regula las funciones adscritas en la Constitución y en la ley al CNE

El marco normativo de la competencia asignada al CNE para decidir sobre las impugnaciones presentadas en contra de la Convención del Partido Conservador y de las decisiones que en ella se adoptaron, en particular, determinar si participarían en las elecciones presidenciales para el periodo comprendido entre el año 2014 y 2018 con candidato propio o de coalición y, posteriormente, designar a la doctora Martha Lucía Ramírez como vocera de dicha representación, tiene sustento en la siguiente normativa:

- El artículo 265 Superior, según el cual, el CNE regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden. Específicamente, el numeral 1 de esta disposición, establece como función "Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral" y el numeral 6, consagra lo atinente al deber de "Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías"<sup>8</sup>.
- El artículo 107 de la Constitución Política, según el cual los Partidos y Movimientos Políticos para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, pueden celebrar consultas populares o internas o interpartidistas, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos y en la ley. Bajo estos lineamientos, los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización<sup>9</sup>.

8 "Artículo 265.- Modificado. A.L. 1/2009, art. 12. El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:

1. Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral...

6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías...".

9 "Artículo 107. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 01 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 (...). Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley (...). Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación (...)

- El artículo 7 de la Ley 130 de 1994, establece que la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos se regirá por lo establecido en sus propios estatutos, como también que cualquier ciudadano puede impugnar ante el Consejo Nacional Electoral, las decisiones de las autoridades de los partidos y movimientos por desconocer las cláusulas estatutarias contrarias a la Constitución, a la ley o a las disposiciones del CNE<sup>10</sup>.
- Finalmente, los artículos 1 y 4 de la Ley 1475 de 2011, preceptúa que la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos se ajustarán a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos de conformidad con la normativa superior, los cuales deben garantizar en sus estatutos<sup>11</sup>. Por su parte, el artículo 4 de esta misma ley, establece los contenidos mínimos que se deben incorporar en los estatutos de los partidos y movimientos políticos<sup>12</sup>.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica (...).

10 "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 (...).

11 **Artículo 1o. Principios de organización y funcionamiento.** Los partidos y movimientos políticos se ajustarán en su organización y funcionamiento a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en las leyes y en sus estatutos.

En desarrollo de estos principios, los partidos y movimientos políticos deberán garantizarlos en sus estatutos. Para tales efectos, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones de contenidos mínimos:

1. **Participación.** Entiéndase por el derecho de todo afiliado a intervenir, directamente o a través de sus representantes, en la adopción de las decisiones Fundamentales del partido o movimiento, en el máximo órgano de dirección y en las demás instancias de gobierno, administración y control, así como los derechos de elegir y ser elegido en todo proceso de designación o escogencia de sus directivos y de sus candidatos a cargos y corporaciones de elección popular, de acuerdo a sus estatutos.

2. **Igualdad.** Se entiende por igualdad la exclusión de toda discriminación o privilegio por razones ideológicas, económicas, sociales, de sexo, o de raza, en los procesos de participación en la vida del partido o movimiento.

3. **Pluralismo.** El pluralismo implica para las organizaciones políticas el deber de garantizar la expresión de las tendencias existentes en su interior, en particular de las minorías, sin perjuicio de la aplicación del principio de mayoría, razón por la que los estatutos incluirán normas sobre quórum y mayorías especiales para la toma de decisiones fundamentales en materia de organización, funcionamiento y de participación de sus afiliados en la vida del partido o movimiento.

4. **Equidad e igualdad de género.** En virtud del principio de equidad e igualdad de género, los hombres, las mujeres y las demás opciones sexuales gozarán de igualdad real de derechos y oportunidades para participar en las actividades políticas, dirigir las organizaciones partidistas, acceder a los debates electorales y obtener representación política.

5. **Transparencia.** Es el deber de los partidos y movimientos políticos de mantener permanentemente informados a sus afiliados sobre sus actividades políticas, administrativas y financieras. Para su cumplimiento, deberán realizar cada año rendición de cuentas.

6. **Moralidad.** Los miembros de los partidos y movimientos políticos desarrollarán su actividad de conformidad con las normas de comportamiento adoptadas en los correspondientes códigos de ética".

12 Artículo 4º. Contenido de los estatutos. Los estatutos de los partidos y movimientos políticos contendrán cláusulas o disposiciones que los principios señalados en la ley y especialmente los consagrados en el

## 2.4. Origen político del Consejo Nacional Electoral

El Consejo Nacional Electoral es un organismo autónomo de rango constitucional, dotado de autonomía administrativa y financiera, que **tiene un origen eminentemente político**, por cuanto: (i) la postulación y elección de los magistrados que representa esta organización, proviene de los partidos políticos y las diferentes bancadas con representación en el Congreso, es decir de las organizaciones de individuos con características ideológicas o filosóficas afines que convergen en la creación de una entidad más fuerte denominada partido político y (ii) poseen funciones constitucionales que, aunque de naturaleza netamente administrativa, producen unas consecuencias políticas al interior de los partidos y en la sociedad<sup>13</sup>.

En cuanto a la composición del CNE, se puede afirmar que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2003, dicho órgano está compuesto por nueve miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro años<sup>14</sup>, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado, el mencionado Acto Legislativo obedeció a la necesidad de que los partidos políticos se encontraran representados dentro del CNE, garantizando un equilibrio político al momento de decidir los asuntos propios de su competencia, con la posibilidad de que las minorías partidistas tuvieran participación y representación en dicho organismo<sup>15</sup>.

En lo atinente a las funciones que desempeña el CNE, concretamente el Acto Legislativo 01 de 2009, sostiene que el CNE se debe encargar, entre otros, de: ejercer la suprema

artículo 107 de la Constitución, en todo caso, deben contener como mínimo, los siguientes asuntos:

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 (...)

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 (...).

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 6 de octubre de 2011. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00120-00.

14 Al respecto, cabe aclarar que "de manera coherente con su naturaleza política, el constituyente estableció que los miembros del CNE serían elegidos para "un período institucional de cuatro (4) años", dado que el origen de esta institución es eminentemente política y el órgano legislativo tiene este mismo periodo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 20 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00006-00.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 06 de octubre de 2011. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00120-00.

inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados, así como reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos<sup>16,17</sup>.

Ahora bien, como lo afirma el Consejo de Estado, aunque las funciones del CNE son en estricto sentido administrativas, su ejercicio genera consecuencias de carácter político en la organización interna de los partidos y de contera en la legitimidad de las decisiones del pueblo<sup>18</sup>.

En razón de lo ya expresado, es que el Consejo de Estado afirma que: *“teniendo presente que en el CNE confluyen las diferentes fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático, organizadas por bancadas, y que las decisiones administrativas de este órgano tienen trascendencia importante dentro de la estructura de los partidos y movimientos políticos, no puede concluirse en forma diferente a que el origen de esta institución es eminentemente político”*<sup>19 20</sup>.

De la misma manera, la Corte Constitucional en Sentencia C-230A de 2008 indicó que el *“(...) origen del Consejo Nacional Electoral confirma su carácter político y su calidad de instancia de concertación entre distintas tendencias políticas en temas tales como los topes de campaña o la publicidad electoral”*.

Por lo tanto, es posible concluir que *“(...) de la revisión de los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales puede establecerse con claridad que el CNE tiene, (i) un específico y singular procedimiento de elección y conformación de*

*carácter eminentemente político y (ii) unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral”* que en últimas develan el origen político de dicha autoridad electoral<sup>21</sup>.

## 2.5. Contexto en el que los actos administrativos acusados fueron expedidos

El 28 de enero de 2014, el señor Guillermo Reyes González impugnó la Convención Nacional del Partido Conservador realizada el 26 de enero de esa misma anualidad, como también las decisiones adoptadas en su desarrollo<sup>22</sup>. En particular solicitó:

*“(...) Primero: Se disponga declarar la nulidad de la Convención Nacional del Partido Conservador a partir del punto 5 del programa de la Convención (orden del día) y en consecuencia, se declare la ilegalidad de las votaciones adelantadas en la Convención, tanto para optar o por un candidato propio o por una alianza o coalición, como para elegir a la doctora Martha Lucía Ramírez como la candidata oficial del Partido Conservador a las elecciones presidenciales del mes de mayo de 2014, por las razones expuestas en precedencia.*

*Segundo: Se disponga la práctica de las pruebas solicitadas en el acápite correspondiente y las que por esa H. Corporación se dispongan indispensables para resolver esta impugnación, a la mayor brevedad posible para efectos de proferir una decisión por parte de esa H. Corporación con la mayor celeridad, dada la inminencia de la llegada de la fecha del cierre de las inscripciones.*

*Tercero. Se disponga como medida transitoria o provisional, en orden a prevenir que se produzcan gravísimas consecuencias para el Partido como a quienes hacemos parte de éjil (sic), propias del otorgamiento del aval a la candidata proclamada el día domingo 26 de enero de 2014, Marta Lucía Ramírez, que el Partido Conservador, a través de su representante legal el Secretario General de la colectividad, se abstenga de la entrega del aval hasta tanto no se resuelva por esa H. Corporación la presente impugnación (...).”*<sup>23</sup>

Luego de que el CNE efectuara el reparto de la impugnación presentada el mismo 28 de enero, al día siguiente (29 de enero) el ciudadano Carlos Julio Manzano Ocampo, presentó escrito de *“demanda de Acción de Nulidad Electoral”* contra las decisiones adoptadas en la Convención del Partido Conservador,

16 Ibíd.

17 Recientemente el Consejo de Estado ha indicado que: “Conforme con las disposiciones de los artículos 113, 120, 237 y 265 constitucionales, el Consejo Nacional Electoral es la máxima autoridad administrativa en lo relativo a las actividades a cargo de los partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, sus representantes legales, directivos y candidatos. En tal calidad, a ese órgano electoral le corresponde garantizar el cumplimiento de los principios y deberes que sujetan a sus vigilados y controlados. De manera que a esos fines debe orientarse enteramente el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, control y, en particular, las que atañen i) al cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos; ii) a la eficacia de los derechos de la oposición y de las minorías y iii) al deber de asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP).

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 06 de octubre de 2011. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00120-00.

19 Ibíd.

20 Ahora bien, el Consejo de Estado aclara que: “el origen político de los miembros que integran el CNE y la representación que en su seno gozan las bancadas con asiento en el Congreso de la República, huelga decirlo, jamás implica que las funciones netamente administrativas que ejerzan los miembros de este órgano autónomo, sean ejercidas de una manera arbitraria o bajo sus propios intereses, pues en su desarrollo dichas competencias están absolutamente regladas al punto que (i) dejan un campo casi nulo para la discrecionalidad y (ii) están sujetas al control jurisdiccional”. Ibíd.

21 Ibíd.

22 Copia auténtica del Auto CNE –JJVP– 18, del 31 de enero de 2014 “Por medio del cual se avoca conocimiento de las impugnaciones presentadas por los señores Guillermo Reyes González y Carlos Julio Manzano Ocampo contra la Convención Nacional del Partido Conservador colombiano y las decisiones tomadas en su desarrollo; y se adoptan otras determinaciones” (Folios 688-696).

23 Folio 688

específicamente, la de asistir a las elecciones presidenciales con candidato propio, y la de la designación como candidata a la presidencia del partido, a la doctora Martha Lucía Ramírez. Además, como medida provisional solicitó que se decretara la suspensión provisional del acto por el cual el partido decidió concurrir a las elecciones presidenciales con candidato propio como también de aquél mediante el cual se designó el nombre de quien tendría dicha representación<sup>24</sup>.

## 2.6. Análisis probatorio

Del análisis del material probatorio allegado por la parte actora al plenario como de aquel recaudado después del decreto de pruebas en la audiencia inicial, se desprende lo siguiente:

### 2.6.1. De las pruebas aportadas por la parte actora

#### 2.6.1.1. Copia auténtica de la Resolución No. 1408 del 24 de abril de 2014 con la respectiva constancia de notificación y ejecutoria (Folios 32- 239).

La Resolución No. 1408 del 24 de abril de 2014, emitida por el CNE y que decidió de fondo acerca de las impugnaciones presentadas en contra de la Convención del Partido Conservador y de las decisiones que en su marco se adoptaron, señaló que los reproches que se abordarían serían los siguientes<sup>25</sup>:

- Violación de los principios de participación, igualdad y pluralismo de un sector de la colectividad que apoyaba la posición de candidato de alianza y, en consecuencia, el incumplimiento del punto cinco en adelante del orden del día.
- Las irregularidades que al parecer se presentaron en la conformación del quórum.
- La renuncia del comité de garantías y, por tanto, la imposibilidad de que certificaran los aspectos relacionados con las funciones que le fueron asignadas.

Frente a los puntos anteriormente referidos, el CNE concluyó en síntesis lo siguiente:

- No existió vulneración de los principios de participación, igualdad y pluralismo en desarrollo de la Convención Nacional del Partido Conservador ni en la adopción democrática de las decisiones que en su marco se aprobaron, porque *“con sus acciones, los ponentes de la tesis de alianza o coalición, renunciaron a su derecho a intervenir en la discusión”*<sup>26</sup>.

En consecuencia, no se constató una modificación o incumplimiento irregular al orden del día de la

Convención porque los puntos 5 y 6 no se realizaron ante el retiro, la ausencia, la negativa o renuncia de los intervinientes encargados de presentar esta alternativa<sup>27</sup>.

- Con respecto a las irregularidades en la conformación del quórum, el CNE expuso que *“(…) Llegado el día de la Convención, la empresa contratada para tal efecto, a través de sus proveedores, se hizo efectivamente cargo del registro y/o acreditación de convencionistas, labor que realizaron tomando como base los archivos que le fueron remitidos por el Comité de Acreditación. Si se tiene en cuenta que parte del contrato consistía precisamente en ello, no encuentra la Sala irregularidad alguna en que esta empresa se hubiera hecho cargo operativo y logístico de la acreditación de los convencionistas el día de la convención, ni en que hubiese sido, con ocasión a la labor que cumplió, quien suministrara la información acerca de las personas efectivamente registradas/acreditadas y de las habilitadas para votar, más aún cuando esta información era monitoreada y/o avalada por el Comité de Acreditación y/o el Comité de Garantías”*<sup>28</sup>.

Además, señaló que (i) mientras estuvieran presentes la mitad más uno de los 2252 asistentes acreditados para votar, esto es, siempre que estuvieran presentes 1127 convencionistas con derecho a voz y voto, la Corporación entendía que existía quórum tanto para deliberar como para decidir<sup>29</sup>; (ii) el secretario de la Convención verificó la existencia de quórum deliberatorio<sup>30</sup>; (iii) la certificación respecto del número de dispositivos entregados fue conocida y avalada por el Comité de Garantías<sup>31</sup>; (iv) no existe norma constitucional, legal o reglamentaria que impidiera a los directivos de la Convención repetir la votación, lo cual no tenía nada que ver con que el sistema de votación electrónica no funcionara correctamente<sup>32</sup>. En suma, adujeron, todas las decisiones se adoptaron superando la mitad más uno de los acreditados con derecho a voz y voto<sup>33</sup>.

- Frente al retiro del Comité de Garantías, lo que a juicio de los impugnantes vicia las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador, en la medida en que tres de los cuatro miembros de dicho Comité se retiraron del recinto y no cumplieron con sus funciones, el CNE reprochó que sus miembros no hubiesen permanecido en él hasta la finalización de la Convención, lo cual, a su parecer, constituye un incumplimiento de sus deberes que debe ser investigado al interior de la colectividad, en la medida que todos hacen parte del Directorio Nacional del Partido.

<sup>27</sup> Folio 118.

<sup>28</sup> Folio 138.

<sup>29</sup> Folio 145.

<sup>30</sup> Folio 146.

<sup>31</sup> Folio 159.

<sup>32</sup> Folios 163 y 172.

<sup>33</sup> Folio 174.

<sup>24</sup> Folios 689-690.

<sup>25</sup> Folios 90-91.

<sup>26</sup> Folio 116.

Sin embargo, el CNE sostuvo que no puede pasar desapercibido el hecho de que durante el curso de la Convención no se certificó la transparencia del sistema de votación y que, contrario a lo acontecido frente a las censuras referentes a la no garantía en el uso de la palabra y acerca de la conformación del quórum, en lo referente a la certificación, su cumplimiento no pudo evidenciarse en la práctica, por dos razones: la primera, porque no se certificó que los votos que se registraron, correspondían de manera cierta, a las personas habilitadas para votar y, la segunda, porque el sistema de votación empleado no permite identificar a las personas que emitieron su voto y el sentido del mismo<sup>34</sup>.

Aunado a lo anterior, el CNE refirió que si bien no se certificó la transparencia del sistema de votación, no era posible acceder a las pretensiones de los impugnantes porque no lograron demostrar que el sistema de votación, en la práctica, no hubiese sido transparente. En este sentido, expusieron que no era suficiente que quienes censuraban la Convención del partido y las decisiones adoptadas en ella, se limitaran a afirmar que no había sido expedida dicha certificación sino que debieron haber probado que, en efecto, dicho sistema no fue transparente, ya fuere porque los resultados del registro no correspondían a la votación, se computaron votos de personas no habilitadas para votar o cualquier otra situación que hubiese alterado la transparencia del sistema<sup>35</sup>.

Por este motivo, como se desvirtuaron uno a uno todos los argumentos de censura propuestos por los impugnantes, dicha Corporación denegó las impugnaciones presentadas.

- A pesar de la conclusión antes referida, en esta misma resolución, el CNE estimó que el proceso de producción de las decisiones adoptadas en la Convención estaba inconcluso, toda vez que no se había expedido el certificado mencionado a la luz de las regulaciones internas que reglamentaron su desarrollo. Por tanto, constituía un elemento sustancial de las decisiones democráticas adoptadas en la Convención<sup>36</sup>.

En definitiva, señaló que mientras dicho procedimiento no se surtiera, los actos proferidos en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador no se entendían perfeccionados y, por tanto, sus decisiones no podían producir plenos efectos jurídicos ni ser oponibles a sus asociados y menos a terceros. A la luz de lo expuesto, la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 incorporó un exhorto en los siguientes términos:

"(...)

**Artículo segundo.** *Exbórtese a la Dirección Nacional*

*del Partido Conservador Colombiano a expedir la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional realizada el 26 de enero de 2014, con la finalidad que las decisiones abi tomadas puedan producir la plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponible a sus afiliados y a terceros (...)*<sup>37</sup>.

**2.6.1.2. Copia auténtica de las aclaraciones de voto de los magistrados Nora Tapia Montoya, Idayris Yolima Carrillo Pérez, y Juan Pablo Cepero Márquez (Folios 240-248).**

En las aclaraciones de voto se presentaron los siguientes argumentos:

(a) aunque en desarrollo de la Convención se evidenciaron algunos hechos que no tuvieron la entidad de afectar el desarrollo de la misma, lo cierto es que se presentaron algunas circunstancias que dificultaron la libre expresión y la participación de un matiz de la colectividad, razón por la cual, resultó imperioso instar al Partido Conservador Colombiano a fortalecer los canales democráticos internos para la adopción de sus decisiones de escogencia de candidatos<sup>38</sup>;

(b) la certificación de transparencia exigida debe entenderse no como un requisito que LEGITIMA la decisión de la Convención Nacional Conservadora sino como aquél que le imprime total legalidad a lo allí acordado, pues aunque en el curso de la misma se presentaron algunas irregularidades, estas no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la legalidad de la decisión adoptada por el máximo órgano de dicha colectividad<sup>39</sup>; y

(c) las decisiones emanadas de la Convención, en particular, la de tener candidato presidencial propio y que fuese la doctora Martha Lucía Ramírez quien asumiera dicha representación en las elecciones presidenciales que se realizarían a finales de mayo de 2014, tenían plena validez, pues a la luz de los cánones estatutarios y reglamentarios de la colectividad, de la ley y la Constitución, no había quebrantamiento alguno, lo cual condujo a que no se accedieran a las pretensiones de quienes impugnaron dichas determinaciones.

Por tanto, el exhorto contenido en el artículo segundo, es un simple llamamiento a la Dirección Nacional del Partido Conservador, para que emita un dictamen en una materia eminentemente técnica acerca de la cognición sobre lo diseñado y evidenciado, máxime cuando se expuso que no había prueba alguna que demostrara ausencia de transparencia en el sistema de votación<sup>40</sup>.

De lo anterior se deriva, a juicio de la Sección, que la mayoría sí entendió la expedición de dicha certificación como un requisito que le otorgaba legitimidad a las decisiones adoptadas en la Convención del partido conservador.

34 Folios 207 y 210.

35 Folio 216.

36 *Ibidem*.

37 Folio 224.

38 Folios 241- 242 AV. Magistrada Nora Tapia Montoya.

39 Folio 244. A. V. Magistrada Idayris Yolima Carrillo Pérez.

40 Folio 247. A. V. Magistrado Juan Pablo Cepero Márquez

**1.5.1.4. Copia auténtica de la Resolución No. 3127 del 12 de agosto de 2014 y la constancia de notificación personal y por aviso de este acto administrativo (Folios 249- 263).**

De la Resolución No. 3127 del 12 de agosto de 2014 se evidencia que el CNE se abstuvo de resolver los recursos de reposición interpuestos contra el artículo 2 de la Resolución No. 1408 del 24 de abril de ese mismo año, con la finalidad de evitar actuaciones que resulten inanes para el ordenamiento jurídico y de impedir un desgaste innecesario para la administración de justicia<sup>41</sup>.

**2.6.2. Material allegado luego del decreto de pruebas realizado en la audiencia inicial.**

**2.6.2.1. Oficio PCC/SJ063-15 remitido por el Secretario General del Partido Conservador. (Folio 654).**

El 27 de abril de 2015, el Secretario General del Partido Conservador, manifestó que la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional a que hace referencia el artículo segundo de la Resolución 1408 del 24 de abril de 2014 nunca fue expedida<sup>42</sup>.

**2.6.2.2. Oficio de la Registraduría Nacional del Estado Civil con número de radicación interno 082050/2015, en la que remitía copia de los siguientes documentos: (Folios 656-675).**

- Formulario E-6 (inscripción) y aval de la doctora Martha Lucía Ramírez Blanco, candidata a la Presidencia de la República para las elecciones realizadas el 25 de mayo de 2014, por el partido conservador colombiano, mediante el cual se acredita que el 20 de febrero de 2014, en efecto, se inscribió la candidata a la Presidencia Martha Lucía Ramírez Blanco con el aval del Partido Conservador Colombiano<sup>43</sup>.
- Formulario E-6, E-7 y E-8 (inscripción, modificación y lista definitiva) y aval de los candidatos inscritos al Senado de la República para las elecciones realizadas el 25 de mayo de 2014, expedido por el Partido Conservador Colombiano, a través del cual puede colegirse que la lista de inscripción de los candidatos por el Partido Conservador para el Senado de la República estaba encabezada por el doctor Roberto Víctor Gerlén Echeverría<sup>44</sup>.
- Formulario E-6 (inscripción), aval y acuerdo de coalición del doctor Juan Manuel Santos Calderón, candidato a la presidencia de la República para las elecciones realizadas el 25 de mayo de 2014, avalado por el Partido Cambio Radical, Partido Social de la Unidad Nacional –Partido de la U– y Partido Liberal Colombiano, del cual puede evidenciarse que el 4 de marzo de 2014 el doctor Juan Manuel Santos inscribió la candidatura a la Presidencia de la República y que, en efecto, las organizaciones políticas que conforman

la coalición son: el Partido de la “U”, Cambio Radical y el Partido Liberal Colombiano<sup>45</sup>. Por tanto, se colige que el Partido Conservador no lo apoyó.

**2.6.2.2. Copia auténtica del Auto CNE - JJVP- 18, del 31 de enero de 2014 “Por medio del cual se avoca conocimiento de las impugnaciones presentadas por los señores Guillermo Reyes González y Carlos Julio Manzano Ocampo contra la Convención Nacional del Partido Conservador Colombiano y las decisiones tomadas en su desarrollo; y se adoptan otras determinaciones” (Folios 688-696).**

**2.6.2.3. Copia auténtica del acta de inspección con exhibición ocular a archivos del Partido Conservador colombiano (Folios 697-894).**

De la diligencia de inspección con exhibición ocular realizada a los archivos del Partido Conservador Colombiano, remitida por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral, se puede observar, entre otros aspectos, que:

- En el acta de la Convención Nacional del Partido, consta que “(...) Previo a la Convención, el Comité de Acreditación designado por el Directorio Nacional de acuerdo con lo establecido en la Resolución 053 (...) habilitó el listado de convencionistas con derecho a voz y voto, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 30 de los Estatutos del Partido (...)”<sup>46</sup>.
- Con respecto a la verificación del quórum para iniciar la convención, el secretario del Partido comunicó, de acuerdo con el reporte de la empresa Congress Colombia, contratada para hacer la logística de la Convención, que sobre las 11:15 a. m., se habían acreditado un total de 1643 personas con derecho a voz y voto, de los cuales se hallaban presentes 1128 en el recinto. Teniendo en cuenta lo anterior, el secretario leyó la certificación del quórum firmada por el Comité de Acreditación<sup>47</sup>.
- Consta que al momento de realizar la primera votación para decidir si el partido acogía la propuesta de acudir con candidato propio o de coalición a las elecciones presidenciales para el periodo 2014-2018, muchos convencionistas hicieron mal uso del dispositivo electrónico y, por ello, no quedó registrado su voto. Como consecuencia de ello, la votación quedó cerrada sin el quórum requerido<sup>48</sup>. Posteriormente, la empresa Congress Colombia explicó nuevamente cómo se debe operar el dispositivo de votación e informó que “(...) En la anterior prueba votaron cerca de ochocientas personas. En la prueba que se está haciendo, las respuestas se están recibiendo, el sistema funciona perfectamente (...)”<sup>49</sup>.

41 Folio 254.

42 Folio 654.

43 Folio 659.

44 Folio 660; 667-668.

45 Folio 670.

46 Folio 705.

47 Folio 707.

48 Folio 713.

49 Folio 714.

- El doctor Fernando Araujo, miembro del Comité de Garantías informó que se desplazaría hacia el lugar donde se encontraban los equipos para verificar que la votación se estuviera adelantando sin problemas<sup>50</sup>, luego de lo cual manifestó que certificaba que presencié la votación y que el resultado obtenido era el que aparecía reflejado en pantalla<sup>51</sup>.
- El Secretario de Militantes del Partido Conservador certificó que al realizar un cruce de información entre las bases de datos de convencionistas potenciales y la base de datos de asistentes a la Convención conservadora con control para votar se encontró que efectivamente quienes lo obtuvieron tenían esa calidad y en esa medida no se habían presentado inconvenientes en el sistema de acreditación<sup>52</sup>.
- La empresa encargada de suministrar el sistema de votación electrónico empleado durante la Convención del Partido Conservador precisó que “(...) Cuando se estableció la realización de la primera votación, en la cual se determinaba si habría candidato propio o de coalición, no se cumplió con el quórum requerido para su aprobación debido a que algunas personas se encontraban fuera del salón, otros asistentes oprimieron botones adicionales a los indicados durante la explicación de la metodología de funcionamiento del sistema (...) En medio de la discusión, se les explicó nuevamente a los asistentes la mecánica del sistema, se notificó de la falla técnica y se abrió una prueba de sondeo durante cerca de una hora en la que absolutamente todos los asistentes pudieron probar sus controles y verificar que funcionaban perfectamente. Los equipos que presentaban fallas, se les indicó que cambiaran el control. Posteriormente a esta situación, se realizó nuevamente la votación (...) el sistema funcionó perfectamente, lo cual permitió que los resultados se presentaran sin complicaciones”.<sup>53</sup> (Negrilla fuera de texto).

2.6.2.4. Oficio SGE-CS-763-2015, suscrito por el Secretario General del Senado de la República, a través del cual remite la certificación de los partidos políticos o movimientos políticos que intervinieron en la conformación del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2011-2014 y la Gaceta del Congreso No. 052 del 8 de marzo de 2012 (Folios 896-919) y Oficio CNE-SS-5930 del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual entregó copia auténtica de los actos administrativos demandados con su constancia de notificación y la relación de magistrados que participaron en la aprobación de las resoluciones 1408 de 2014 y 3127 del mismo año (Folios 29-31).

50 Folio 714.

51 Folio 715.

52 Folio 793.

53 Folios 861- 862.

Esta prueba documental certifica los partidos o movimientos políticos que intervinieron en la conformación del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2011-2014. En efecto, el Secretario General del Senado certificó que “(...) Atendiendo el fallo del Consejo de Estado de fecha 06 de Octubre de 2011 se reunió el Congreso en Pleno el día 15 de Diciembre de 2011, como quedó estipulado en la Gaceta número 52 de fecha 08 de marzo de 2012 (...)”<sup>54</sup> y consta que los candidatos elegidos para conformar el Consejo Nacional Electoral fueron los siguientes: Joaquín José Vives Pérez y Gilberto Rondón González, del Partido Liberal Colombiano; Óscar Giraldo Jiménez, Luis Bernardo Franco Ramírez y Pablo Guillermo Gil de la Hoz, del Partido de la U; Juan Pablo Cepero Márquez y Nora Tapia Montoya del Partido Conservador Colombiano; Carlos Ardila Ballesteros, del Partido Cambio Radical y José Joaquín Plata Albarracín, del Partido de Integración Nacional “PIN” y por el movimiento de Inclusión y Oportunidades “MIO”. Sin embargo, consta que “(...) el Doctor Carlos Ardila Ballesteros presentó su renuncia (...) La vacante (...) fue suplida por la Doctora Idayris Yólina Carrillo Pérez del Partido Cambio Radical (...) también se presentó y aprobó la renuncia presentada por el Doctor Gilberto Rondón González (...) La vacante (...) fue suplida por el Doctor Antonio Emiliano Rivera Bravo del Partido Liberal Colombiano (...)”<sup>55</sup>.

A pesar de que el demandante no explicó la pertinencia ni la conducencia de esta prueba en orden a demostrar que el órgano colegiado profirió la decisión objeto de impugnación con desviación de poder, para la Sección, esta prueba documental tiene por fin, acreditar la filiación política de los magistrados que conforman dicha institución; evidenciar la naturaleza política del CNE y mostrar que la postulación y elección de los magistrados que representan esta organización proviene de los partidos políticos y de las diferentes bancadas con representación en el Congreso.<sup>56</sup>

## 2.7. Recepción de los testimonios de la doctora Martha Lucía Ramírez Blanco y el doctor Roberto Víctor Gerlén Echeverría (Folios 678-685; y 686 que contiene 1 CD)

- Del testimonio rendido por el doctor Roberto Víctor Gerlén Echeverría, se pudo constatar que pertenece al Partido Conservador en calidad de directivo desde el año de 1969; que, según expuso, la idea de que se profiriera una certificación de transparencia del sistema de votación tuvo origen al interior del partido cuando se presentaron dudas

54 Folio 897- 898.

55 Folios 898 -899.

56 Un estudio más profundo acerca de las características, naturaleza y forma de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral se adelantó por la Sección Quinta en la sentencia del 6 de octubre de 2011 en el radicado 11001-03-28-000-2010-00120-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

acerca de la conformación del quórum de la Convención; que no es cierto que hubiese apoyado un candidato presidencial de otro partido y que la dirección del partido no pudo expedir la certificación del sistema de votación<sup>57</sup>.

- En desarrollo de la diligencia de recepción de testimonios, la doctora Martha Lucía Ramírez Blanco, manifestó que previa la realización de la Convención que tuvo lugar el 26 de enero de 2014, tuvo conocimiento, junto a los demás precandidatos del Partido Conservador, que en diciembre de 2013, algunos congresistas de dicha colectividad estaban apoyando la reelección presidencial, propuesta que, para ese entonces, contaba con el respaldo del Partido Liberal, Cambio Radical y el Partido de la “U”. En esa línea, dice, se encontraban algunos miembros del partido cuyo fin era que dicha colectividad se sumara a la coalición.

Sostuvo que el trámite de la demanda presentada ante el CNE el 28 de enero de 2014, fue lenta, frente a este hecho, dice, se presentaron varias solicitudes encaminadas a obtener un pronunciamiento de fondo sobre las decisiones electorales adoptadas en el marco de la Convención. Ante esta situación de incertidumbre, dice, resolvió inscribir su candidatura el 20 de febrero de ese mismo año pero advirtió que durante la inscripción de su candidatura y con posterioridad a dicha inscripción, varios congresistas del partido realizaron campaña abierta a favor de la reelección del presidente, desconociendo que era un deber para todos los miembros del partido apoyar el candidato elegido por la colectividad para representarlo en las elecciones presidenciales de ese periodo.

Comentó que el magistrado del CNE, Joaquín Vives Pérez, puso en tela de juicio su candidatura, al punto que en las encuestas que realizan los medios de comunicación no incluían su nombre porque de las declaraciones emitidas por el magistrado su candidatura se iba a “caer”.

Agregó que el condicionamiento contenido en el artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 era de imposible cumplimiento, por cuanto, a raíz de lo sucedido en la Convención, el directorio del partido no se volvió a reunir hasta después de que se dio la reelección del presidente, sumado a que

(i) el directorio no puede certificar que al momento de la votación el sistema electrónico era un medio idóneo y,

(ii) la firma contratada ya había emitido dichas certificaciones.

Al ser interrogada por el magistrado sustanciador

57 Folio 680 y 686 (contentivo de un CD).

acerca de si el directorio analizó antes o después de la Convención, la viabilidad de la expedición de esta certificación y quien tenía la competencia para expedirla o cuando surgió la idea de la necesidad de emitir la certificación a la que hace alusión el artículo segundo de la resolución<sup>58</sup>, respondió: “(...) nunca se habló de una certificación respecto de la idoneidad del sistema electrónico. En una reunión previa (...) si se habló de la conveniencia de tener una firma que pudiera realizar esto por medios electrónicos (...) se delegó a un grupo de miembros del directorio (...) en esa comisión no estaba yo, para que realmente buscaran una firma que tuviera experiencia en el mercado, reconocimiento y por supuesto, garantías de que era un método idóneo y que no tuviera ningún riesgo de vulneración (...)”<sup>59</sup>.

Ante la pregunta del magistrado ponente en el sentido de si tenía conocimiento sobre el fundamento normativo que permita que las decisiones de la Convención, no solo de la que celebró el 26 de enero sino de las pasadas y de las que se realicen a futuro, para que tengan ejecución, eficacia, tienen que ser certificadas a través de un documento de transparencia, de funcionamiento del sistema de votación, respondió: “No (...) eso es totalmente, atípico, no existe (...) jamás lo he visto yo en ninguna de las reuniones a las que he asistido de ese directorio del partido conservador. Jamás se ha condicionado ninguna decisión del directorio a ningún tipo de certificación sobre temas técnicos o tecnológicos y ni siquiera certificaciones de los propios miembros de la dirección del partido (...) En ningún momento ha habido ese precedente”<sup>60</sup>. A continuación, el magistrado sustanciador preguntó: ¿sabe usted doctora Martha Lucía cuál es el fundamento jurídico que tuvo el Consejo Nacional Electoral para condicionar la validez de las decisiones de la Convención a esta certificación?<sup>61</sup> a lo cual respondió: “(...) creo que no hubo ningún fundamento, realmente fue una manera de lograr, por un lado, respetar una decisión de la convención que se había tomado en derecho, que se había tomado conforme con los estatutos de la colectividad, pero al mismo tiempo darle realmente ese espacio a quienes no estaban conformes con nuestra candidatura de seguir acompañando otra candidatura (...)”<sup>62</sup>.

Una vez realizada la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, pasa, la Sala analizará el tema de la desviación del poder, para entrar a resolver el caso concreto.

## 2.8. Desviación de poder

58 Pregunta número 8, folio 683. (CD: 59:59).

59 Folio 686, contentivo de un (CD: 1:00:38).

60 Folio 683 y 686 (CD, 1:03:39).

61 Folio 686 (CD, 1:04:29).

62 Folio 686 (CD, 1:04:46).

Teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado se centra en determinar si el CNE, al expedir las Resoluciones N° 1408 del 24 de abril de 2014, en particular, el artículo segundo, y N° 3127 del 12 de agosto de esa mismo año, incurrió en la causal de nulidad denominada desviación de poder, la Sala precisará el concepto del vicio que se predica de las citadas resoluciones.

La desviación de poder es una de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas de manera expresa en la ley, y se concreta, en términos generales, cuando se produce el ejercicio de las potestades conferidas para emitir un acto administrativo, con fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

En efecto, la nulidad de los actos administrativos con fundamento en la causal de desviación de poder, se encuentra contemplada en el artículo 137 del CPACA, como la *"desviación de las atribuciones propias de quien los profirió"*, y se configura *"cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia"*<sup>63</sup>.

Aunque en términos generales, los actos viciados por desviación de poder se encaminan a buscar intereses particulares, es posible que este vicio se presente aun cuando exista un fin de interés general en aquellos, como en los eventos en los que se persigue una finalidad distinta a la asignada a la autoridad pública correspondiente, mediante los actos de creación o de organización<sup>64 65</sup>.

En este respecto, la Sección Quinta mediante sentencia de octubre de 2013<sup>66</sup> sostuvo que la desviación de poder no solo se materializa cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia que expidió el acto, sino también en el caso en el que *"es posible constatar la existencia de una divergencia*

*entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa"*<sup>67</sup>.

Es decir, aunque el acto en apariencia cumple con el fin encomendado en la norma, en realidad la atribución se utiliza para cumplir con una finalidad distinta.

Esta causal de nulidad: *"(...) Se presenta cuando el acto solo formalmente aparece expedido con ajuste a la facultad conferida, pues materialmente en realidad no atiende al fin que la norma que autoriza su producción persigue, sino que está orientado a un propósito diferente que, por lo tanto, resulta ilegítimo (...)"*<sup>68</sup>.

Teniendo en cuenta que en este tipo de hipótesis la autoridad emite un acto administrativo en el marco de sus competencias y, desde una perspectiva formal, reúne todos los requisitos de validez, la acreditación de esta causal impone la necesidad de presentar todos los elementos probatorios conducentes a que el juez vislumbre, sin lugar a dudas, que el resultado de la decisión es distinto al que se hubiera previsto de manera natural, en caso de que la norma se hubiera aplicado tal y como aparece consagrada en el ordenamiento jurídico:

*"(...) Cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiese proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan. En otras palabras, cuando se alega desviación de poder como causal para pedir la nulidad de un acto administrativo (...) quien pretenda esa declaración está obligado a aportar tales pruebas que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda, que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener el fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que se obtuviera como resultado una situación en un todo diversa a la que explícitamente busca la ley (...)"*<sup>69</sup>.

Así pues, existe desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley.

63 Ver Sentencia C-456/98 M. P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

64 Ver Güechá Medina, Ciro Norberto. Derecho Procesal Administrativo. Primera Parte. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2004. pp. 235.

65 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 29 de junio de 2011, radicación No. 17001-23-31-000-2007-00712-01(0752-09): *"La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la destiación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (1) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (2) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías"*.

66 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 31 de octubre de 2013, radicado N° 11001-03-28-000-2012-00040-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

67 Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986, pág. 443.

68 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de julio de 2013, radicado No. 11001-03-28-000-2010-00027-00. CP. Susana Buitrago Valencia

69 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de enero de 2015, radicado No. 25000-23-24-000-2008-00382-01. C. P. María Claudia Rojas Lasso.

## 2.9. Análisis del caso concreto

### 2.9.1. De la desviación de poder

En el caso concreto, el demandante aduce que la causal de nulidad por desviación de poder se configuró en las Resoluciones N° 1408 del 24 de abril de 2014 y N° 3127 del 12 de agosto de ese mismo año, porque con ellas el fin perseguido por el Consejo Nacional Electoral era permitir que, por lo menos, uno de los miembros del partido conservador, senador de la República y miembro del directorio de dicha colectividad, apoyará otra candidatura presidencial sin que por esta conducta incurriera en la prohibición legal y constitucional de la doble militancia.

Señalan que cuando en la parte motiva de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 dicha autoridad concluyó que quienes impugnaban la Convención celebrada el 26 de enero de 2014 y las decisiones que se adoptaron en su desarrollo, no lograron probar las supuestas irregularidades que se configuraron en su transcurso, en particular, la ausencia de transparencia en el sistema de votación, el condicionamiento carecía de fundamento.

Por esta razón, aducen que el condicionamiento contenido en el exhorto contraría la decisión de la misma entidad de declarar la legalidad de la Convención y de las decisiones allí adoptadas, cuya consecuencia inmediata era la de permitir a los miembros del partido conservador que apoyaban la propuesta de concurrir a las elecciones presidenciales para el periodo 2014-2018 con un candidato de coalición respaldar otras candidaturas. En particular, a quien lideraba esta postura, senador Roberto Víctor Gerlén Echeverría.

En este contexto, para la Sección es importante recordar que las normas que habilitan al CNE para pronunciarse sobre las impugnaciones presentadas en contra de las determinaciones de los partidos -en el marco de su actividad electoral- se circunscriben a realizar un estudio de acuerdo con las competencias consagradas en el artículo 265 Superior.

En este sentido, la Sección observa que aunque el CNE decidió desestimar las pretensiones de quienes impugnaban la Convención y las decisiones que se tomaron en su curso, aduciendo que se habían ajustado a los estatutos y a la normativa jurídica aplicable para este tipo de actividad, aunado a que no existían pruebas que acreditaran la ausencia de transparencia del sistema de votación empleado, decide sin un fundamento claro dentro de sus competencias y facultades, condicionar la validez de los actos objeto de reproche a la expedición de un certificado de transparencia del sistema de votación.

En este orden, la Sección evidencia sobre ese condicionamiento lo siguiente:

**En primer lugar**, el exhorto del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 no es

congruente con la decisión adoptada en el numeral primero y desborda la naturaleza de este tipo de llamados. En efecto, si en el caso concreto que se analizaba, el CNE debía revisar si las decisiones de los partidos se habían emitido bajo la observancia de lo dispuesto en la Constitución, la ley y los estatutos del partido, el exhorto que hizo no permitía cumplir la finalidad.

En este evento, dicho órgano colegiado, una vez determinó que el Partido Conservador había ajustado su actuación a las normas constitucionales, legales y estatutarias, decidió en contra del análisis desplegado en la parte motiva de la resolución, y a la luz de las pruebas obrantes en el plenario, suspender los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas, según su análisis de forma ajustada a derecho; a la certificación de la transparencia del sistema de votación empleado.

Sobre este aspecto, cabe recordar que el mismo CNE concluyó a lo largo de su exposición que el sistema de votación electrónico elegido no había presentado fallas, sino que se le había dado un mal uso por parte de algunos convencionistas al momento de realizar la votación. De otro lado, es importante referir que tal y como lo sostuvo la doctora Martha Lucía Ramírez, en su declaración, que no existe en los estatutos del partido conservador ni es usual que los efectos jurídicos de las decisiones tomadas por esa colectividad, puedan condicionarse a la expedición de un certificado de transparencia del sistema de votación.

También es de suma relevancia reiterar, que el CNE consideró en el acto en que se incluyó el exhorto, se señaló expresamente que los impugnantes no habían logrado acreditar la falta de transparencia en el sistema de votación y, por eso, dicha pretensión no podía prosperar.

En este orden de ideas, la Sala se pregunta ¿cuál es el propósito del exhorto contenido en el artículo segundo de la Resolución atacada?, si no existe prueba de la falta de transparencia en el sistema de votación empleado y, al contrario, como lo pudo constatar el mismo CNE, existen constancias en el expediente acerca de que este funcionó perfectamente; si los estatutos del Partido Conservador Colombiano no limita los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas al interior de dicha colectividad a la expedición de un certificado de transparencia, y si el CNE encontró que tanto la Convención como el desarrollo de la misma y las decisiones que se adoptaron en su curso se ajustaron a cabalidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Tomando en consideración que la finalidad de la norma sobre competencia del CNE facultaba a la autoridad en materia electoral a revisar si las decisiones proferidas en el curso de la Convención del Partido Conservador se emitieron a la luz de lo dispuesto en la Constitución, la ley y los estatutos internos, hecho que corroboró la entidad y decidió según lo expuesto en el numeral primero de la Resolución No. 1408 de 2014, el condicionamiento contenido en el artículo segundo perseguía un fin distinto al consagrado en la ley.

A pesar de que la autoridad intentó revestir jurídicamente la razón que de dicho exhorto, lo cierto es que él resultaba abiertamente contradictorio frente al análisis que se hizo sobre la legalidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en la Convención, las que de hecho condujeron a desestimar las pretensiones de sus impugnantes.

Bajo esta perspectiva, no podía condicionarse la plena eficacia de los actos que se declararon ajustados al ordenamiento jurídico, al cumplimiento de la expedición de una certificación de transparencia del sistema de votación, cuando (i) se había argumentado que el sistema de registro de la votación en sí mismo no presentaba fallas, (ii) existen certificaciones de la empresa contratada en el sentido de que el sistema electrónico funcionaba correctamente, (iii) no constan pruebas que desvirtúen la ausencia de transparencia del mismo y, (iv) cuando el CNE tenía elementos de juicio suficientes acerca de la imposibilidad del directorio del partido para expedir dicha certificación.

En contraste, de las pruebas obrantes en el expediente, lo que sí se evidencia es que se presentó una incertidumbre jurídica, porque si bien, la candidata Martha Lucía Ramírez pudo inscribirse para las elecciones presidenciales 2014-2018, la decisión proferida por el CNE en abril de 2014 que, de un lado, declaró ajustado al ordenamiento jurídico el desarrollo de la Convención y las determinaciones tomadas en el curso de la misma y, por el otro, que dichas decisiones no serían oponibles a los miembros del partido ni a terceros, mientras que se expidiera la certificación de transparencia, permitió a algunos integrantes de dicha colectividad que lideraban la propuesta de tener candidato de coalición, apoyar otra candidatura, sin que por esta conducta incurrieran en la prohibición de la doble militancia.

Es importante advertir, que es inocuo frente al análisis de la causal de desviación de poder que se viene adelantando, constatar si en la práctica la intención que se tuvo con el exhorto objeto de análisis se materializó o no, pues lo que determinante para que proceda la nulidad por esta causal es demostrar que la autoridad administrativa pretendió concretar un fin distinto al encomendado en la Constitución y la ley. Aún bajo el argumento de que su actuación se justificaba en la necesidad de asegurar valores superiores.

**En segundo lugar**, contrario a lo afirmado por el CNE, dicho condicionamiento no tuvo en cuenta los principios de eficacia del voto ni de buena fe de quienes participaron en la Convención, cuya voluntad se expresó a través del sistema electrónico de votación.

Esta Sala encuentra acreditada la causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, frente al exhorto que se demandó, en razón a que la actuación de la administración se desvió del fin que debía asegurar, que no era de verificar si las decisiones del partido se ajustaron a las normas que guiaban su actuación en el escenario específico de la Convención.

La Sala concluye que el condicionamiento que hizo el CNE, resulta contradictorio y carente de sentido frente a lo que se había resuelto en el artículo primero de la Resolución N° 1408 de 2014, pues si la autoridad resolvió no declarar la procedencia de las pretensiones de los impugnantes, porque la Convención y sus decisiones fueron conformes a los estatutos y a las normas que regulaban dicha reunión, no se entiende cómo a través de una figura jurídica como la del exhorto, cuya naturaleza principalmente es llamar la atención a las autoridades competentes para que cumplan con sus deberes constitucionales y legales, se impusiera el cumplimiento de un requisito para que las decisiones del partido fueran oponibles a sus miembros y a terceros, condicionamiento que no le correspondía imponer.

Más aun, cuando se trataba de un requisito de imposible cumplimiento, al punto que dicha certificación nunca se expidió, entre otras razones, porque (i) como consecuencia de lo acontecido en la Convención, el directorio no se volvió a reunir y (ii) dentro de las atribuciones de este órgano no se encuentra la de expedir certificaciones sobre la transparencia del sistema de votación, pues para ello contrató una empresa encargada realizar este, la cual certificó que los equipos y el sistema en general funcionaron perfectamente.

De todos modos, el mismo CNE, pese al exhorto que incluyó en la parte resolutive, advirtió que el sistema funcionó y que, en todo caso, no estaba desvirtuada la transparencia de la votación.

Por tanto, el exhorto contenido en el artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014, no puede entenderse como una exigencia que "*le imprime total legalidad*" a las decisiones del partido, porque si existían dudas sobre la validez de estas, la decisión del CNE no hubiese sido la de acceder a las solicitudes de los impugnantes, como aconteció en este caso.

Además, dicho exhorto no quedó planteado en un término de llamamiento a la dirección del partido para que (i) ajustara los canales democráticos internos en materia de elección de candidatos, ni tampoco para que (ii) certificara acerca del diseño y funcionamiento del sistema de votación empleado, sino para establecer que a pesar de la plena validez otorgada a la Convención y a sus decisiones en el artículo primero de la resolución demandada, dichas decisiones solo podían producir la plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponibles a sus afiliados y terceros hasta tanto no se certificara sobre la transparencia del sistema de votación.

Para la Sala este requisito lo que perseguía era deslegitimar, sin señalarlo, las decisiones del partido, fin que no consagra la norma y cuyo análisis desborda la finalidad de la norma en desarrollo de la cual debía verificar que las decisiones adoptadas por el partido conservador estuvieran conformes al ordenamiento jurídico. Más aún, cuando el mismo CNE verificó que no existía prueba que desvirtuara la transparencia del sistema electrónico de votación empleado en la Convención del Partido Conservador del 26 de enero de 2014.

Esta conclusión se desprende de la misma motivación expuesta por el CNE en la Resolución 1408 de 2014 demandada parcialmente al indicar

“(…) La ausencia de certificación permite dudar acerca de la transparencia de las decisiones acogidas, restándole legitimidad a una expresión de la mayoría, convirtiéndola entonces, en simplemente aparente. El análisis de esta Sala no puede reducirse sencillamente a verificar la existencia de una manifestación mayoritaria (…). En efecto, no puede prevalecer ni acción ni decisión, así proviniese de las mayorías de una Asamblea Política sino ha sido fruto de procedimientos transparentes que la legitimen y permitan difuminar con plenitud su poder vinculante”. (Subraya fuera de texto)<sup>70</sup>.

En este orden de ideas, el CNE utilizó la atribución conferida en el artículo 265-6 Superior, más allá de las facultades naturales y obvias de analizar las decisiones adoptadas por el partido, a la luz de la Constitución, la ley y los estatutos, para al amparo de ellas, establecer un condicionamiento artificioso que evidentemente iba a repercutir en las decisiones que tomarían los miembros del partido.

Por tanto, se concluye que el fin del exhorto era otro al contemplado en el artículo 265 Superior, numerales 1 y 6.

**Entercer lugar**, teniendo en cuenta que mientras no se obtuviera la certificación de transparencia, la decisión de participar con candidato propio para las elecciones presidenciales 2014-2018 y de que dicha representación estuviera liderada por la doctora Martha Lucía Ramírez, no eran oponibles a los miembros del partido conservador ni a terceros, de manera implícita, habilitó a los miembros de dicha colectividad a apoyar una candidatura distinta a la de su partido sin incurrir en la prohibición legal de la doble militancia.

Está probado que en desarrollo de la Convención que se efectuó el 26 de enero de 2014, pudo constatar que existían dos posiciones opuestas en torno a la decisión de si el partido debía participar con candidato propio o de coalición. Esta última propuesta, liderada por el senador Roberto Víctor Gerlén Echeverría, quien además, como él mismo lo señaló en su testimonio, es miembro del Directorio Nacional del Partido Conservador desde el año de 1969.

No obstante, independientemente de que dicho fin se hubiese concretado o no, cuestión irrelevante para desplegar el análisis de la causal de desviación de poder que se viene estudiando, pues lo que permite evidenciar su configuración es que al momento de la expedición del acto, este no cumplió el fin consagrado en la norma.

Bajo esta línea argumentativa, la Sección colige que se encuentra configurada la causal de desviación de poder, porque

la condición contenida en el artículo segundo de la Resolución No. 1408 de 2014 bajo el apariencia de cumplir la finalidad consagrada en el artículo 265 de la Constitución, que le confiere la atribución al CNE de verificar si las decisiones impugnadas se ajustan a las normas superiores, a la ley y a los estatutos del partido, no se dio, por cuanto impuso un condicionamiento que además de ser contradictorio con el análisis que había efectuado relativo a la legalidad y transparencia de las decisiones adoptadas en la Convención del Partido, dejaba sin efectos aquellas, a partir del condicionamiento expuesto, abriendo la posibilidad que cualquier miembro de esa colectiva, específicamente, de aquellos que no acompañaban la propuesta que se impuso mayoritariamente, pudieran apoyar otras candidaturas sin incurrir en una conducta reprochable en los términos del artículo 107 Superior, según el cual está prohibido a los integrantes de un partido o movimiento político apoyar otras candidaturas.

Aunado a todos los argumentos expuestos en precedencia, la ausencia de un pronunciamiento de fondo del CNE frente a los recursos formulados en contra del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014<sup>71</sup>, motivado en la necesidad de evitar un desgaste innecesario del aparato estatal cuando a la fecha de la presentación de los recursos, 14 y 19 de mayo de 2014<sup>72</sup>, las elecciones presidenciales no habían tenido lugar, constituye un elemento adicional para corroborar la *desviación de poder* en la que incurrió el CNE.

En efecto, la autoridad administrativa se sustrajo de su deber constitucional y legal de resolver de fondo los recursos de reposición interpuestos contra el artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014, bajo una argumentación que no guardaba consonancia con lo solicitado

71 El 14 de mayo de 2014, el doctor Miguel Ceballos Arévalo, en su calidad de tercero interviniente y de apoderado de otros intervinientes, interpuso oportunamente el recurso de reposición contra el artículo 2 de la Resolución 1408 de 2014, aduciendo que: (i) dicha decisión vulnera los principios de eficacia del voto y de buena fe de los convencionistas; (ii) si la ausencia de la certificación de la transparencia del sistema de votación es un vicio subsanable, dicha omisión no puede afectar la prevalencia de los votos emitidos de buena fe; (iii) para restar legitimidad a las decisiones adoptadas por los convencionistas debió acreditarse no sólo la ausencia del certificado de transparencia sino que los votos emitidos por quienes participaron en la Convención fueron ilegítimos; y (iv) si se llegare a expedir la certificación requerida, ella sólo podía versar sobre el sistema de votación pero no podría guardar relación con la voluntad de los convencionistas.

Además, el doctor Gutiérrez Velásquez, en su calidad de apoderado del partido conservador colombiano, también presentó recurso de reposición en contra del artículo 2 de la parte resolutoria de la Resolución 1408 de 2014, manifestando que (i) el condicionamiento establecido en el artículo 2 es una decisión extra petita, pues ello no fue solicitado por los impugnantes; (ii) lo decidido en el numeral 2 de dicho acto administrativo contradice lo dispuesto en el numeral 1, según el cual las determinaciones estuvieron conformes a la Constitución, a la ley y a los estatutos y, en esa medida, no podía condicionarse la plena validez de las decisiones adoptadas en curso de la Convención; (iii) teniendo en cuenta que varios miembros del Directorio Nacional abandonaron la Convención, no podrían certificar sobre el sistema de votación empleado y; por último, aduce que del numeral 2 objeto de reproche se deriva la posibilidad para algunos miembros del partido de apoyar otra candidatura presidencial, lo que contradice lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, de la Ley 1475 de 2011 (Folios 251-252)

72 Ver folio 250

70 Folio 578.

por quienes impugnaron<sup>73</sup> y que, en la práctica, significó que la autoridad dejó de pronunciarse frente a los planteamientos jurídicos formulados en contra del acto administrativo expedido<sup>74</sup>, cuando tenía todos los elementos jurídicos para decidir las impugnaciones formuladas en su contra.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014.

Si bien la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014 también fue demandada, lo cual se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 163 del CPACA que entiende demandados los actos que resolvieron los recursos del acto administrativo del que se pretende la declaratoria de nulidad, lo cierto es que aquella ni confirma, ni revoca, ni modifica el artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014, pues decidió "(...) *Abstenerse de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra del artículo 2° de la Resolución 1408 de 2014* (...) "<sup>75</sup>.

Por tanto, no se declarará la nulidad de esta resolución.

### 3. Conclusiones

3.1. El CNE, actuando en el marco de las atribuciones conferidas en la Constitución, incurrió en desviación de poder al emitir el exhorto contenido en el artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014, ya que, no obstante, concluir que del análisis realizado con base en los elementos probatorios obrantes al momento de proferir la decisión, las determinaciones que se adoptaron en la Convención Nacional del Partido Conservador estaban conformes al ordenamiento jurídico, decidió condicionar la "plena validez" de

sus efectos jurídicos, en particular, su oponibilidad a los afiliados del partido y a terceros, al cumplimiento de un requisito que no podía cumplirse, por las razones que fueron expuestas por el secretario del Partido Conservador Colombiano.

Es decir, el CNE impuso un requisito que ni la Constitución, ni la ley, ni los estatutos del partido conservador consagraban.

3.2. Del estudio desplegado puede colegirse que lo dispuesto en el artículo segundo de la resolución objeto de reproche, implicó:

**De un lado**, que el CNE estableció que los reproches formulados por los impugnantes no prosperaban, porque (i) sí se le había garantizado el uso de la palabra a los miembros del partido que apoyaban la tesis de acudir a las elecciones presidenciales 2014-2018 con un candidato de coalición; (ii) sí se conformó debidamente el quórum y, por último, (iii) el retiro de los miembros del Comité de Garantías, si bien, pudo constituir un incumplimiento de los deberes de sus miembros, máxime cuando pertenecen al Directorio Nacional del partido<sup>76</sup>, no afectaba la voluntad de quienes participaron en ella.

Sin embargo en este último punto, puso en tela de juicio que las personas que participaron en las decisiones estuvieran debidamente acreditadas como también que no era posible conocer el sentido del voto de cada uno de los que tenían derecho a emitirlo.

Cuestionamientos contradictorios, pues el CNE había concluido que no había duda acerca de la correcta conformación del quórum, hecho que fue certificado por el Comité de Acreditación. Además, de acuerdo con las directrices y regulaciones emitidas para el desarrollo de la Convención, no se estableció que la votación debía ser nominal y pública, sino que esta se iba a realizar mediante el sistema electrónico.

**Por otro lado**, y como consecuencia de lo anterior, evidenció la ausencia de la expedición del certificado de transparencia en el sistema de votación, y aunque no existía prueba alguna que lo desvirtuara, decidió solicitarlo con el fin de dar total cumplimiento a las reglas que regían el desarrollo de la Convención.

No obstante, la Sala pudo constatar que aunque una de las funciones del Comité de Garantías era certificar, entre otros aspectos, lo atinente a la transparencia del sistema de votación, esta no se cumplió como tampoco ninguna de las funciones encomendadas a este comité, ante su retiro del recinto. Por tanto, esta circunstancia, como lo expuso el CNE, daba lugar a que se realizaran las investigaciones al interior del partido y, si era del caso, imponer las sanciones que a ello hay lugar, pero, siguiendo esta lógica argumentativa, no podía entenderse que la ausencia del certificado de transparencia constituyera un quebrantamiento de las reglas del partido, más aún, no

73 Al respecto, el CNE expuso que "(...) estima la sala que se ha presentado un hecho superado frente a la actuación administrativa que adelantó la Corporación con relación a la impugnación de las decisiones adoptadas en la Convención Nacional del Partido Conservador (...) no obstante lo establecido en el artículo 2° de (sic) pluricitada resolución, lo cierto es que en las elecciones presidenciales efectuadas en mayo de 2014, el Partido Conservador Colombiano efectivamente participó con candidato propio y la doctora Martha Lucía Ramírez fungió como su candidata presidencial... De manera que las reseñadas decisiones adoptadas en la Convención Nacional conservadora surtieron todos sus efectos jurídicos...

En este sentido la Sala, con la finalidad de evitar realizar actuaciones que resulten inanes para el ordenamiento jurídico, y de impedir un desgaste innecesario para el aparato estatal, se abstendrá de resolver los recursos de reposición interpuestos (...) (Folios 253-254)

74 En resumen, el sustento de los recursos de reposición interpuestos en contra del artículo 2 de la parte resolutoria de la Resolución N° 1408 de 2014, son los siguientes: "(...).

La decisión del artículo 2 vulnera los principios de eficacia del voto y de buena fe de los convencionistas.

- Si la ausencia de la certificación de la transparencia del sistema de votación es un vicio subsanable, dicha omisión no puede afectar la prevalencia de los votos emitidos de buena fe y legítimamente por los convencionistas.

- Para que las decisiones de la Convención resultaren ilegítimas, debió demostrarse no sólo la ausencia de la certificación de la transparencia del sistema de votación, sino que efectivamente los votos de los convencionistas fueron emitidos ilegítimamente (...).

- El condicionamiento establecido en el artículo 2 es una decisión extra petita, pues ello no fue solicitado por los impugnantes (...) Folios 250-252.

75 Folio 254.

76 Folio 508.

existía norma que estableciera que la validez y eficacia de las decisiones del partido estuvieran supeditadas a la expedición de un certificado de transparencia.

- 3.3. Aunque se reconoció que la Convención y sus decisiones se habían ajustado al ordenamiento jurídico, lo que le permitió a la doctora Martha Lucía Ramírez inscribir su candidatura, en contraste, se advirtió que para que dichos actos pudieran ser oponibles a sus afiliados y terceros debía emitirse una certificación de transparencia del sistema de votación empleado, lo cual, habilitaba a los miembros del partido que lideraban la propuesta de tener un candidato a la presidencia de coalición, apoyar otra candidatura distinta a la de su partido, sin que por ello incurrieran en la prohibición legal de la doble militancia, fin que, se hubiese concretado o no, es irrelevante para el análisis de la causal de nulidad por desviación de poder analizada en esta oportunidad.
- 3.4. El CNE al emitir el artículo segundo de la Resolución 1408 del 24 de abril de 2014, se desvió de la finalidad de la norma porque a pesar de encontrar ajustadas a derecho las decisiones que le corresponde revisar en virtud de lo dispuesto en el artículo 265 (numeral 1 y 2), el resultado de dicha determinación fue distinto al que naturalmente se hubiera esperado de una decisión que resuelve no acceder a las solicitudes de los impugnantes, pues suspendió los efectos de las decisiones que encontró válidas frente a los afiliados de dicha colectividad y de terceros, lo que permitía, entre otros, que los miembros de la colectividad que no apoyaron la propuesta de tener un candidato propio, tuvieran la posibilidad de apoyar otra candidatura sin el temor de incurrir en la prohibición legal de la doble militancia.
- 3.5. La ausencia de un pronunciamiento de fondo del CNE frente a los recursos formulados en contra del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014<sup>77</sup>, constituye un elemento

adicional para corroborar la *desviación de poder* en la que incurrió el CNE en el acto administrativo parcialmente demandado, pues al amparo de una débil motivación decidió sustraerse de emitir un pronunciamiento de fondo que diera cuenta de la validez de su decisión.

3.6. Frente a la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014, como no revocó ni modificó el contenido del artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014, no se declarará su nulidad.

### 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.** Declarar la nulidad del artículo segundo de la Resolución N° 1408 del 24 de abril de 2014 *“Por la cual se resuelven las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador Colombiano, en especial las de tener candidato presidencial propio y la de elegir a la doctora Martha Lucía Ramírez como su candidata presidencial”*.

**Segundo.** Negar las pretensiones de la demanda en relación con la Resolución N° 3127 del 12 de agosto de 2014 *“Por medio de la cual se adoptan decisiones frente a los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución N° 1408 de 2014”*.

**Tercero.** Advertir a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

Presidente

Con Salvamento de Voto

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Consejero de Estado

**Alberto Yepes Barreiro**

Consejero de Estado

**Jaime Córdoba Triviño**

Conjuez

<sup>77</sup> El 14 de mayo de 2014, el doctor Miguel Ceballos Arévalo, en su calidad de tercero interviniente y de apoderado de otros intervinientes, interpuso oportunamente el recurso de reposición contra el artículo 2 de la Resolución 1408 de 2014, aduciendo que: (i) dicha decisión vulnera los principios de eficacia del voto y de buena fe de los convencionistas; (ii) si la ausencia de la certificación de la transparencia del sistema de votación es un vicio subsanable, dicha omisión no puede afectar la prevalencia de los votos emitidos de buena fe; (iii) para restar legitimidad a las decisiones adoptadas por los convencionistas debió acreditarse no sólo la ausencia del certificado de transparencia sino que los votos emitidos por quienes participaron en la Convención fueron ilegítimos; y (iv) si se llegare a expedir la certificación requerida, ella sólo podía versar sobre el sistema de votación pero no podría guardar relación con la voluntad de los convencionistas.

Además, el doctor Gutiérrez Velásquez, en su calidad de apoderado del partido conservador colombiano, también presentó recurso de reposición en contra del artículo 2 de la parte resolutoria de la Resolución 1408 de 2014, manifestando que (i) el condicionamiento establecido en el artículo 2 es una decisión extra petita, pues ello no fue solicitado por los

impugnantes; (ii) lo decidido en el numeral 2 de dicho acto administrativo contradice lo dispuesto en el numeral 1, según el cual las determinaciones estuvieron conformes a la Constitución, a la ley y a los estatutos y, en esa medida, no podía condicionarse la plena validez de las decisiones adoptadas en curso de la Convención; (iii) teniendo en cuenta que varios miembros del Directorio Nacional abandonaron la Convención, no podrían certificar sobre el sistema de votación empleado y; por último, aduce que del numeral 2 objeto de reproche se deriva la posibilidad para algunos miembros del partido de apoyar otra candidatura presidencial, lo que contradice lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, de la Ley 1475 de 2011 (Folios 251-252).

### SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto que me caracteriza frente a las decisiones mayoritarias de la Sala, debo manifestar los motivos por los cuales me aparté de la sentencia de 15 de octubre de 2015, por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 1408 del 24 de abril de 2014<sup>1</sup>, con fundamento en que se acreditó la causal de desviación de poder invocada por el demandante.

En la citada sentencia se concluyó que el Consejo Nacional Electoral, en adelante CNE, *“incurrió en desviación de poder al emitir el exhorto contenido en el artículo segundo de la Resolución N° 1408 de 2014, ya que, no obstante concluir que del análisis realizado con base en los elementos probatorios obrantes al momento de proferir la decisión, las determinaciones que se adoptaron en la Convención Nacional del Partido Conservador estaban conformes al ordenamiento jurídico, decidió condicionar la “plena validez” de sus efectos jurídicos, en particular su oponibilidad a los afiliados del partido y a terceros, al cumplimiento de un requisito que no podía cumplirse...”*.

En mi opinión, contrario a lo sostenido por la providencia judicial, no se demostró la desviación de poder invocada, por cuanto para configurar tal causal de anulación del acto administrativo demandado era necesario resolver la fijación del litigio, la cual según el proyecto, folios 16 y 17, fue determinada en la audiencia inicial celebrada el 15 de abril de 2015, en los siguientes términos:

*“... establecer si los actos acusados están afectados de nulidad por desviación de poder, es decir, si se expidieron con la finalidad de impedir que el Congresista Roberto Gerlén incurriera en doble militancia por apoyar a un candidato distinto al del partido en el que él milita. Y para tal fin, suspendieron los efectos de las decisiones adoptadas en la convención de dicha organización política a la expedición de la certificación de transparencia del sistema de votación allí empleado”* (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, es evidente que, desde la audiencia inicial, se conectó la desviación de poder de un acto de contenido electoral (nulidad simple en interés general) con un hecho particular, concreto y específico como lo es la presunta doble

militancia en la que pudo incurrir el Senador Roberto Gerlén Echavarría, por lo tanto, la conexión entre presupuestos generales y otros muy particulares, hacen que el estudio de la demanda deba ser analizado en tal sentido, en especial, si se advierte que del libelo de la misma se evidencia que esta fue formulada con mayor amplitud, en contraste con la restricción que se hiciera en la fijación del litigio, por cuanto la postulación inicial del actor fue en el siguiente sentido: *“(...) permitir al menos que el senador y candidato al congreso de la República por el Partido Conservador Colombiano para el período 2014-2018, doctor Roberto Gerlén, pudiera apoyar otra candidatura, la de coalición con otros partidos, como se propuso en la mencionada convención...”* (fls. 4 y 5 del expediente).

Entonces reitero, contrario a lo afirmado en la sentencia objeto del presente salvamento de voto, que no era necesario comprobar si el citado congresista había obtenido como finalidad del acto demandado el beneficio que le permitiera apoyar a un candidato distinto al del partido que milita para las elecciones presidenciales, creo que sin haberse demostrado plenamente dicha finalidad no se podía acceder a las pretensiones del demandante, pues, a mi juicio, la desviación de poder no puede en la sentencia desligarse de la demostración del beneficio efectivo obtenido por el mentado Senador ni puede calificarse de inocuo demostrar la materialización de dicho provecho, por cuanto así lo esbozó la determinación del litigio.

La importancia de la fijación del litigio radica en que con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 de 2011)<sup>2</sup>, se cambió la concepción que se traía en vigencia del Código Contencioso Administrativo - CCA (Decreto 01 de 1984), en lo referente a la congruencia que debe existir en las decisiones judiciales, puesto que con el CCA tal análisis se realizaba de la confrontación entre el libelo de la demanda y el fallo, pero hoy en día, con el CPACA, la sentencia debe obedecer a una providencia judicial que guarde total coherencia con la fijación del litigio, realizada en la audiencia inicial bajo los parámetros establecidos en el artículo 180 *ibidem*, que establece:

“Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

1. Oportunidad. La audiencia se llevará a cabo bajo la dirección del Juez o Magistrado Ponente dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o del de su prórroga o del de la de reconvencción o del de la contestación de las excepciones o del de la contestación de la demanda de reconvencción, según el caso. El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no será susceptible de recursos.

<sup>1</sup> “Por el cual se resuelven las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones adoptadas en curso de la Convención Nacional del Partido Conservador Colombiano, en especial las de tener candidato presidencial propio y la de elegir a la doctora Martha Lucía Ramírez como candidata presidencial”.

<sup>2</sup> Tal codificación entró a regir el 2 de julio de 2012.

2. Intervinientes. Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

La inasistencia de quienes deban concurrir no impedirá la realización de la audiencia, salvo su aplazamiento por decisión del Juez o Magistrado Ponente.

3. Aplazamiento. La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Cuando se presente la excusa con anterioridad a la audiencia y el juez la acepte, fijará nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes, por auto que no tendrá recursos. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

En este caso, el juez resolverá sobre la justificación mediante auto que se dictará dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación y que será susceptible del recurso de reposición. Si la acepta, adoptará las medidas pertinentes.

4. Consecuencias de la inasistencia. Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. Saneamiento. El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias.

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

*Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, basta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.*

*Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.*

*El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.*

**7. Fijación del litigio.** *Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la de reconvencción, si a ello hubiere lugar; y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación de litigio.*

(...)" (Negrillas fuera del texto original).

Al referirse a la fijación del litigio, el doctor Enrique José Arboleda Perdomo, en su obra "Comentarios al Nuevo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", precisa:

*"La norma busca un diálogo directo del juez con las partes alrededor de dos temas: los hechos y los extremos de las demandas. En relación con los hechos, la existencia de un acuerdo total o parcial sobre la veracidad de ellos, permite racionalizar la prueba, pues únicamente se decretarán aquellas que busquen demostrar los hechos en los que no se está de acuerdo, y además los extremos de la demanda, entendiéndose por tal la exigencia o reclamación que el demandante le hace al demandado, y la oposición a esa exigencia, pues estos extremos limitan al juez en la sentencia en razón del principio de congruencia".*

Así las cosas, el operador judicial al fallar debe ceñirse a los estrictos términos en los que se ha fijado el litigio, pues este no es otro que el problema que debe resolver la sentencia.

En consecuencia, comoquiera que la decisión de 15 de octubre de 2015 no resolvió el problema jurídico, en los términos fijados en la audiencia inicial, no se podía acceder a las pretensiones del demandante.

Por otro lado, el artículo 265 de la Constitución Política le otorga al CNE las siguientes competencias:

*"Artículo 265. Artículo modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2009. El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales:*

*1. Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral.*

(...)

6. *Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.*

(...)

11. *Colaborar para la realización de consultas de los partidos y movimientos para la toma de decisiones y la escogencia de sus candidatos.*

14. Las demás que le confiera la ley".

Es decir, que dentro de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del CNE se encuentra la de resolver las impugnaciones que presente cualquier ciudadano contra las decisiones de los partidos y movimientos políticos. El fundamento legal de tal procedimiento se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley 130 de 1994<sup>3</sup>, en los siguientes términos:

*"Artículo 7º. Obligatoriedad de los estatutos. La organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos se registrará 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".*

<sup>3</sup> "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".

La anterior norma debe ser interpretada de forma armónica con los artículos 1 y 4 de la Ley 1475 de 2011<sup>4</sup> que regulan lo referente a lo referente a los principios de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, y el contenido de los estatutos de los mismos, respectivamente.

En consecuencia, no cabe duda que es función del CNE determinar si una decisión adoptada por el Partido Conservador Colombiano, en la Convención Nacional de dicha colectividad de 26 de enero de 2014, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico y a los propios estatutos de esa agrupación política, y bajo esta perspectiva el acto demandado estaba dentro de su órbita funcional y competencial.

Así las cosas, para que prosperara la causal de desviación alegada por el demandante era necesario que este le hubiese demostrado al juez de forma certera, sin manto de duda alguna, que el acto acusado no cumplió con la finalidad otorgada por el ordenamiento jurídico al CNE, circunstancia que no aconteció pues en el caso concreto, en el numeral primero de la resolución acusada se resolvió:

*"(...) No acceder a las pretensiones incoadas (...) en las impugnaciones que presentaron en contra de las decisiones proferidas en el curso de la Convención Nacional del Partido Conservador, realizada el 26 de enero de 2014, en especial las de acudir a las elecciones presidenciales con candidato propio y la de tener como tal a Martha Lucía Ramírez".*

Del aparte transcrito se evidencia que la autoridad electoral competente determinó que la decisión impugnada se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico, por lo tanto, el CNE cumplió con la finalidad del acto cuestionado.

Ahora bien, no desconozco que el reproche del actor se centró en el artículo segundo de la Resolución No. 1408 de 24 de abril de 2014, que estableció:

*"Exhórtese a la Dirección Nacional del Partido Conservador Colombiano a expedir la certificación de transparencia del sistema de votación empleado en la Convención Nacional realizada el 26 de enero de 2014, con la finalidad que las decisiones ahí tomadas puedan producir plenitud de sus efectos jurídicos y ser oponibles a sus afiliados y a terceros".*

En criterio del actor, que fue avalado por la decisión mayoritaria de la Sala, con dicho exhorto el CNE desvió su poder pues condicionó el acto administrativo demandado.

No comparto tal argumento de la decisión, pues el exhorto como lo considera la sentencia objeto del presente salvamento tiene por naturaleza "llamar la atención a las

<sup>4</sup> "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".

autoridades competentes para que cumplan con sus deberes constitucionales y legales”, y no un condicionamiento como erradamente lo concluye la providencia en cita. Tal figura jurídica es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>5</sup> como:

*“1. m. Der. Oficio que un juez o tribunal dirige a otro recabando auxilio para realizar una diligencia procesal fuera del ámbito de su jurisdicción”.*

Por su parte la Corte Constitucional, en sentencia C-728 de 2009, ha definido los exhortos que ese Tribunal le imparte al Congreso de la República como:

*“un requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución y su significado en derecho constitucional debe ser visto como una expresión de la colaboración para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas. No resulta extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecue el orden legal a la Constitución en materia de derechos constitucionales. Es así como se ha acudido al exhorto en las sentencias de inexecutable diferida, en las cuales se le fija al legislador un plazo, dependiendo de la naturaleza del asunto, para que profiriera una nueva regulación legal, acorde con los postulados constitucionales, hipótesis no necesariamente vinculada con la omisión legislativa, en la cual la Corte ha establecido que se presenta una violación de la Constitución, pero que la declaratoria, con efecto inmediato, de la inexecutable de la disposición de la cual ella se deriva podría comportar un efecto también lesivo de la Constitución, por el vacío normativo que ello generaría. De la misma manera en los eventos de omisión legislativa absoluta se presenta un tipo*

*distinto de exhorto, cuando la Corte advierte que el legislador ha omitido una regulación que debe expedir de acuerdo con la Constitución, pero concluye que la solución de dicha omisión, en razón de la naturaleza de la misma, se encuentra por fuera del ámbito de la competencia del juez constitucional, razón por la cual solo cabe un llamado al legislador, para que en ejercicio de su potestad de configuración, proceda a hacer efectivos los mandatos constitucionales”.*

Así, es de precisar que un exhorto no tiene el alcance o la entidad suficiente para condicionar una decisión, y menos si esta es administrativa, ya que es un simple llamado, por lo tanto, la sentencia de 15 de octubre de 2015 debió analizar tal situación en vez de interpretar la intención del mismo, pues de haber realizado el estudio de la demanda en tal sentido difícilmente hubiese podido llegar a la conclusión que existió por el CNE una desviación del poder.

En consecuencia, no advierto que el exhorto constituya una orden de ineficacia de los efectos de las decisiones adoptadas al interior de la Convención del Partido Conservador, sino una forma de proactividad en la verificación de los principios constitucionales que deben observar los partidos políticos dentro de sus reuniones partidistas y frente a los cuales el CNE tiene competencia para garantizar su observancia, mas no para desvirtuar la prohibición de rango constitucional, desarrollada por el legislador estatutario en el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 - *prohibición de doble militancia*, la cual valga reiterar era, desde la fijación del litigio, un condicionamiento para que prosperara el problema jurídico a resolver y, por consiguiente, se le accedieran a las pretensiones del actor, pero como se anotó, la sentencia no abordó tal aspecto en particular y, por el contrario consideró que dicha comprobación era inocua. En los anteriores términos dejo presentado mi salvamento de voto.

**Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Consejera de Estado

<sup>5</sup> Consultado en internet en: <http://dle.rae.es/?id=HFCQpGk&o=h>

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado en única instancia 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**

Esta Corporación es competente para decidir en única instancia, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor César Negret Mosquera contra del Gobierno nacional, con fundamento en lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 149 del CPACA, cuyo tenor literal es el siguiente:

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: (...) 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. (...) Dicha norma rige el presente asunto por cuanto (i) se ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) las pretensiones no tienen contenido económico, por lo que carecen de cuantía; y (iii) se cuestionan actos proferidos por el Gobierno nacional.

Ahora bien, el Reglamento del Consejo de Estado –Acuerdo 55 de 2003–, establece la distribución de los negocios entre las diferentes Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo principalmente el criterio de especialización. Así, según el artículo 13 de dicho Acuerdo, a la Sección Quinta le corresponde el conocimiento de los siguientes temas:

1. Los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral.
2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral.
3. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.
4. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de carácter electoral, dictadas en única instancia por los tribunales administrativos.
5. Los recursos incidentes y demás aspectos relacionados con los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva.
6. Las acciones de tutela que sean de competencia del Consejo de Estado, en un (10%) diez por ciento del total. 7. Las acciones de cumplimiento, de manera transitoria, en virtud del parágrafo del artículo 3° de la Ley 393 de 1997.

Conforme dichas atribuciones y en atención a los fundamentos planteados en la demanda, para el Despacho es incuestionable que el conocimiento de este proceso corresponde a la Sección Quinta.

Si bien el numeral 2 se refiere a las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido electoral y, los actos que aquí se controvierten (certificaciones, decretos de nombramiento y resoluciones de confirmación) no tienen ese carácter, lo cierto es que el criterio de especialización que fija el Reglamento de esta Corporación, impone que la sección de asuntos electorales, asuma el estudio del presente proceso, precisamente porque se censuran los actos de nombramiento de varios notarios del Círculo de Bogotá.

En ese orden, la conclusión necesaria es que, si la Sección Quinta conoce de las demandas contra actos propiamente electorales –elecciones o nombramientos– y las de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido electoral, le compete estudiar las que en ejercicio de dicho medio de control ordinario, se impetren contra actos

electorales. Una postura distinta equivaldría a desnaturalizar la especialidad que le corresponde a esta Sección.

Finalmente, no sobra advertir que el proceso bajo estudio no tiene carácter laboral, pues como se explicó, el actor controvierte actos de naturaleza electoral y las pretensiones de restablecimiento del derecho tienen la misma condición, puesto que se concretan en su nombramiento como notario en el Círculo de Bogotá.

Además, la relación existente entre un Notario y el Gobierno -nacional, departamental según la categoría-, no es laboral, pues no existen los elementos que permitan calificarla como tal. De otra parte, debe precisarse que conforme lo dispuesto en el artículo 125 del CPACA, corresponde al Ponente y no a la Sala, dictar la presente providencia.

Fuente formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 149 numeral 2/ Acuerdo 55 de 2003 artículo 13/Ley 1437 de 2011 - artículo 125

**Ley 1437 DE 2011 - Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo/JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Objeto según la Ley 1437 de 2011**

De conformidad con el artículo 104 del CPACA, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en: "actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa".

Por lo tanto, cuando se establece que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, ha de entenderse que los mismos son administrativos, es decir, aquellos que exteriorizan la voluntad unilateral de la administración y que se expiden con la finalidad de producir efectos jurídicos.

Así, la declaración de voluntad de la administración, es uno de los elementos de la naturaleza del acto administrativo, de forma tal que, sin dicha declaración de voluntad, el acto que se expide podrá catalogarse dentro de otra categoría del acto jurídico, si se quiere en la de ejecución, pero nunca como acto administrativo.

De la simple lectura de los actos demandados se desprende que, contrario a exteriorizar una verdadera voluntad de la administración, la decisión de nombrar y confirmar al señor Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá por parte del Gobierno nacional, no corresponden sino a la ejecución de una orden proferida por el juez del proceso ordinario.

De esta manera, la controversia que se suscita no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo en la medida en que no tiene como origen un acto administrativo.

Fuente formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 104

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Suspensión provisional/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se puede solicitar en cualquier estado del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho/MEDIDAS CAUTELARES - Deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda**

En la demanda se solicitó la suspensión provisional del Decreto 861 de 29 de abril de 2015 por medio del cual se nombró a César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá y del acto que confirmó dicho nombramiento.

Al respecto, baste señalar, que por haberse excluido del estudio del presente proceso dichos actos, no se le dará el correspondiente trámite a la medida cautelar solicitada por sustracción de materia, pues resultaría inane disponer el traslado de la solicitud para que el demandado se pronuncie sobre ella (artículo 233 CPACA), teniendo en cuenta que por tratarse de actos de ejecución no son susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como se explicó líneas atrás.

Huelga manifestar que por tratarse de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y no una meramente electoral -en la que únicamente podría pedirse en la demanda-, podría en cualquier momento del proceso, y debidamente sustentada, solicitarse una medida cautelar respecto de los actos que sí serán objeto del presente proceso, pues su finalidad es justamente, proteger y garantizar, de manera provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como lo señala el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, cabe recordar, que el artículo 230 del CPACA establece que las medidas cautelares deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Por consiguiente, al abstenerse el Despacho de admitir las pretensiones de nulidad respecto de los actos cuya suspensión provisional se solicitó, no es posible el estudio de dicha medida cautelar.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 229/Ley 1437 de 2011 - artículo 230

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015)

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

Actor: César Negret Mosquera

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Hallándose el proceso de la referencia para resolver sobre la admisión de la demanda, se observa:

### I. ANTECEDENTES

En demanda presentada el día 31 de julio de 2015 ante la oficina de correspondencia del Consejo de Estado, radicada en la Secretaría de la SECCIÓN QUINTA el día 03 de agosto de 2015 y recibida por este despacho en la misma fecha, el señor César Negret Mosquera elevó las siguientes pretensiones:

#### 1. Pretensiones principales

El demandante solicitó que se declare la  nulidad  de los actos que a continuación se relacionan:

- **Certificación del 4 de febrero de 2015<sup>1</sup>**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la "primera vacante" del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.
- **Decreto 861 de 29 de abril de 2015<sup>2</sup>**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá.
- **El acto administrativo mediante el cual se confirmó el nombramiento** del señor César Negret Mosquera, como Notario 76 del Círculo de Bogotá.
- **Certificación del 14 de abril de 2015<sup>3</sup>**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner debía ser nombrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.
- **Decreto 862 de 29 de abril de 2015<sup>4</sup>**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo de Bogotá.

- **Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015<sup>5</sup>**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo Notarial de Bogotá.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que el Presidente de la República a) expida un nuevo decreto en el cual se nombre al señor César Negret en la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá y b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

Asimismo, solicitó que si lo anterior no es posible, respecto del restablecimiento del derecho, se ordene:

- a) que el Presidente de la República expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera en alguna de las notarías que se encuentre vacante al momento de dictar el fallo, pero de conformidad con las reglas de concurso notarial, esto es dando prelación al criterio de escogencia manifestado por él, al momento de participar en el concurso; y
- b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

#### 2. Pretensiones subsidiarias

Como pretensiones subsidiarias, el demandante solicitó la  nulidad  de la Certificación de 4 de febrero de 2015, el Decreto 861 de 29 de abril de 2015 y el acto administrativo mediante el cual se confirmó el nombramiento del señor Negret Mosquera –referidos en el acápite de pretensiones principales–, y además los siguientes actos:

- **Certificación del 15 de enero de 2015<sup>6</sup>**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el Señor Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá.
- **Decreto 125 de 21 de enero de 2015<sup>7</sup>**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor Fernando Téllez Lombana, como Notario 28 del Círculo de Bogotá.
- **Resolución 2063 de 24 de febrero de 2015<sup>8</sup>**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 28 del Círculo Notarial de Bogotá.

1 Folio 412-413.

2 Folio 381-383.

3 Folio 408-409.

4 Folio 376-379.

5 Folio 404-406.

6 Folio 398.

7 Folio 385-387.

8 Folio 401-403.

En consecuencia, a título de **restablecimiento del derecho**, solicitó que el Presidente de la República:

- a) expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera como notario de carrera en la Notaría 28 del Círculo Notarial de Bogotá y;
- b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

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

### 3. Hechos relacionados con el concurso de méritos

3.1. El señor César Negret Mosquera fue designado Notario 30 del Círculo Notarial de Bogotá mediante Decreto 2625 de 2006, tomando posesión del cargo el día 9 de agosto de 2006, y lo desempeñó hasta el 30 de abril de 2009.

3.2. El actor participó en el “concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial”, convocado por el CSCN. Al momento de realizar su inscripción, indicó en su orden de preferencia, entre otras notarias, la Notaría 28 y la Notaría 16 de Bogotá pero no señaló a la Notaría 76.

3.3. El examen de la prueba de conocimientos presentado por el señor Negret Mosquera fue calificado de forma errada, por lo que debió reclamar en sede administrativa y judicial, el cuestionario realizado y que se le otorgara un plazo para sustentar el recurso de reposición contra dicha calificación.

3.4. Con el cuestionario en su poder, el señor César Negret pudo cotejar las respuestas que el examinador tenía por válidas y pudo arribar a las siguientes conclusiones:

a) Tres (3) de las cien (100) preguntas debían ser anuladas por ser contradictorias y haber sido mal elaboradas.

b) El número de respuestas que acertadas por el señor César Negret fueron 66 y no 49, como había dicho el Consejo Superior.

c) Como el valor de cada respuesta debidamente ajustado correspondía a 0.4124, entonces el puntaje por mi obtenido en la prueba de conocimientos se elevaba a 27.2184 puntos, y no 19.6 como lo había afirmado el CSCN.

3.5. No obstante, el CSCN negó el recurso de reposición bajo el fútil argumento de que se trataba de un acto académico, no susceptible de ser cuestionado y, posteriormente, mediante el Acuerdo 142 de 9 de junio de 2008, integró la lista de elegibles para el Círculo Notarial de Bogotá, e incluyó el nombre del

señor César Negret Mosquera con las siguientes calificaciones: 19.6 puntos por examen de conocimientos, 50 puntos por experiencia y 8.66 puntos por la entrevista. Sin embargo no pudo ser designado como un Notario en régimen de carrera en Bogotá, pues al mantener la calificación erróneamente asignada, lo dejó en una posición en la cual no tenía la posibilidad de acceder a ninguna de ellas.

3.6. Inconforme con la anterior decisión, el señor Negret acudió ante la Jurisdicción Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el día 30 de julio de 2009, contra del Acuerdo 178 del 3 de febrero de 2009 expedido por el CSCN, que era el que se encontraba entonces vigente. El proceso fue tramitado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” bajo el No. 25000-23-25-000-2009-00259-01, el cual dictó fallo de primera instancia el 13 de septiembre de 2012 en el que resolvió:

“Segundo. Declarar la nulidad del Acuerdo No. 178 del 3 de febrero de 2009, proferido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en relación a la calificación asignada al actor César Laureano Negret Mosquera, por cuanto calificó equivocadamente la prueba de conocimientos y, en consecuencia, computó erróneamente la calificación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Consejo Superior de la Carrera Notarial, **tener como puntaje total del concursante César Laureano Negret Mosquera, el guarismo de 84.2354667 puntos**. En consecuencia, se ordena al Consejo Superior de la Carrera Notarial, remitir su nombre al Gobierno nacional, para su nombramiento como notario en propiedad **tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia**”. (Resaltado fuera de texto).

3.7. La decisión fue apelada por las partes en el proceso, siendo resuelta por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 20 de marzo de 2014, que confirmó la decisión de instancia, de la siguiente manera:

“**Confirmase** la Sentencia de 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor César Negret Mosquera contra la nación, Ministerio del Interior y de Justicia, Consejo Superior de la Carrera Notarial, con la aclaración contenida en la parte motiva de esta providencia”.

3.8. Dentro de la oportunidad legal, el señor César Negret Mosquera solicitó adición, corrección y aclaración del fallo de

segunda instancia ante la falta de pronunciamiento expreso sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la reparación integral con la indemnización solicitada. Sin embargo, el Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 11 de julio de 2014 negó las solicitudes.

3.9. En consecuencia, el 20 de agosto de 2014 quedaron en firme las sentencias contenciosas toda vez que el auto por el cual se resolvió negativamente las solicitudes de aclaración y complementación fue notificado por estado el 14 de agosto del mismo año. Por tanto, a partir esa fecha el Gobierno nacional debía cumplir la orden dada en el fallo de primera instancia de acuerdo con la cual se dispuso “remitir su nombre al Gobierno nacional, para su nombramiento como notario en propiedad tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia”.

3.10. Para la mentada fecha, 20 de agosto de 2014, el notario 28 llevaba más de seis meses en edad de retiro forzoso, por consiguiente, era obligación del gobierno retirarlo del servicio y designar en esa vacante a mi apoderado, teniendo además en cuenta que había optado por esa Notaría.

3.11. En el mes de septiembre de 2014 el señor Negret Mosquera interpuso acción de tutela en contra de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo y la Sección Segunda del Consejo

Despacho Notarial	Nombre notario	Fecha cumplimiento 65 años
Veintiocho (28)	Pablo Julio Cruz Ocampo	21 de diciembre de 2013
Setenta y seis (76)	Willy Valek Mora	24 de julio de 2014

De igual manera, próxima a quedar vacante se encontraba la notaría 16, como quiera que la persona que la ocupaba doctora Beatriz Vargas Navarro cumpliría los 65 años de edad en el mes de diciembre de 2014.

4.2. Mediante derecho de petición de 7 de noviembre de 2014, elevada por el señor Negret Mosquera al CSCN, radicada bajo el No. SNR2014ER055058 solicitud:

a) El cumplimiento del fallo de marzo 20 de 2014 del Consejo de Estado.

b) La designación como Notario dieciséis (16) del Círculo de Bogotá, tan pronto su produjera la vacante, por llegar su titular a la edad de retiro forzoso.

4.3. El CSCN se reunió el día 20 de noviembre de 2014 y al referirse a la petición del señor César Negret se limitó a enunciar “que una vez se dé la vacante” se lo nombraría.

4.4. Durante los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015 el señor Negret interpuso múltiples peticiones ante diversas autoridades administrativas –Presidencia de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de la Presidencia, con el fin de lograr el cumplimiento de las sentencias proferidas a su favor.

de Estado, por considerar que tales decisiones judiciales en cuanto negaron la indemnización de sus perjuicios violaban el derecho fundamental a la reparación integral, las garantías judiciales y la protección judicial, por excluir el derecho a la reparación económica por el daño causado.

3.12. La Sección Quinta del H. Consejo de Estado, mediante sentencia de 5 de marzo de 2015 amparó los derechos fundamentales del señor Negret Mosquera y ordenó que fuera adcionada la sentencia de marzo 20 de 2014 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de que debían ser reparados todos los perjuicios sufridos y precisó que en todo lo demás, el fallo continuaba en firme, incluida la orden de nombrarlo en la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá.

**4. Hechos relacionados con el nombramiento en propiedad del demandante como notario del Círculo de Bogotá**

4.1. Para la fecha de ejecutoria de los fallos dictados por la jurisdicción contenciosa y por retardo imputable exclusivamente a la Administración, no habían sido retirados del servicio los siguientes notarios del Círculo de Bogotá, que ya habían alcanzado la edad de retiro forzoso estipulada en el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989 (65 años de edad):

Sin embargo, todas estas autoridades se abstuvieron de dar respuesta de fondo y se limitaron a remitir por competencia, al CSCN, todas las peticiones impetradas.

4.5. Pese a que era evidente que el primer notario que debía ser retirado, dada la fecha de cumplimiento de la edad, era el notario 28, el Gobierno nacional –el mismo día, pero con una numeración secretarial previa–, retiró mediante Decreto 2627 del 17 de diciembre de 2014, al Notario Willy Valek Mora, Notario 76 de Bogotá, quien como ya se dijo había cumplido los sesenta y cinco (65) años el 24 de julio de 2014, mientras que mediante Decreto 2632 del 17 de diciembre de 2014, retiró del servicio al Notario Pablo Julio Cruz Ocampo, Notario 28 de Bogotá, quien había cumplido los sesenta y cinco (65) años el 21 de diciembre de 2013, es decir, mucho antes que el notario 76.

4.6. Ahora bien, pese a la existencia de la orden judicial de nombrar al actor en la primera vacante que quedase disponible, tanto en el Decreto 2627 y 2632 de 2014, se previó que esos notarios debían permanecer en el cargo hasta que se diera aplicación a lo previsto en el Decreto 2054 de 16 de octubre de 2014, que reglamentó el derecho de preferencia previsto en el Decreto 960 de 1970.

4.7. En desarrollo del referido derecho de preferencia, el Gobierno nacional postuló a Fernando Téllez Lombana para

Notario 28 y a Gustavo Eduardo Vergara Wiesner para Notario 76 quien rehusó esa designación, mientras que el primero la aceptó.

4.8. Mediante oficio de 4 de febrero de 2015, el Secretario Técnico del CSCN, dio respuesta a las solicitudes impetradas por el señor Negret y adujo que la primera vacante que había quedado disponible en el círculo de Bogotá era la Notaría 76, como quiera que nadie había ejercido el derecho de preferencia sobre ella. En cuanto a la solicitud de ser nombrado en la Notaría 16 se limitó a considerar que, a su juicio, al no ser esta la primera vacante, no tenía derecho a optar por esa Notaría. Esta decisión fue objeto de recurso de reposición y fue confirmada por oficio SNR2015EE007356 de 19 de marzo de 2015. No consideró dicho ente, que lo estaba postulando para una notaría para la cual no concursó, toda vez que no la incluyó entre sus opciones, como sí lo hizo respecto de las Notarías 16 y 28.

4.9. Pese a la existencia de la orden judicial a favor del señor César Negret, el 15 de enero de 2015 el Secretario Técnico del CSCN, certificó que Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 de Bogotá, de conformidad con el derecho de preferencia reglamentado en el Decreto 2054 de de 2014 y, el día 21 del mismo mes, se profirió el Decreto 125 por medio del cual se le nombró como Notario 28 de Bogotá.

4.10. La titular de la Notaría 16, Beatriz Vargas Navarro, fue retirada del servicio notarial mediante Decreto 434 del 13 de marzo de 2015 pero al igual que en los casos anteriores, en ese mismo acto se estableció que debía permanecer en el cargo hasta que se diera aplicación al Decreto 2054 de 2014, que reglamentó el derecho de preferencia previsto en el Decreto 960 de 1970.

4.11. Mediante Decreto 862 de 29 de abril de 2015, se nombró a Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 de Bogotá, quien actualmente ya se posesionó en dicho cargo.

4.12. Por Decreto 861 de 29 de abril de 2015, en un aparente cumplimiento de sentencia judicial, se nombró al señor César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá.

4.13. Como quiera que dicho decreto no cumplía con la orden judicial dada, el día 6 de mayo de 2015 el actor interpuso recurso de reposición. Con la advertencia del recurso impetrado, mediante oficio de 12 de mayo de 2015 solicitó a la Superintendencia de Notariado y Registro y al CSCN que le informaran los requisitos que debía acreditar para que se expidiera el acto de confirmación del nombramiento y los trámites para tomar posesión del cargo. Esta petición no fue atendida.

4.14. Ahora bien, en aras de no verse sorprendido por alguna maniobra irregular de la administración, que le privara de acceder al cargo de notario, mediante oficio de 13 de mayo de 2015, el demandante aceptó “la designación como Notario

de Carrera en el Círculo de Bogotá... sin perjuicio de que el recurso de reposición interpuesto aún no se ha resuelto” y sin hacer alusión a la Notaría 76 como quiera que dicha notaría no se encontraba dentro de las cuales el optó.

4.15. A través de oficio de 27 de mayo de 2015, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, dio respuesta a una petición del actor referente a la forma en que se numeran los decretos firmados por el Presidente de la República, documento en el cual se afirma que tal numeración se hace por un equipo técnico, “en estricto orden de firma”.

4.16. Por oficio fechado el 27 de mayo de 2015, pero recibido por el actor el día 15 de julio del mismo año, la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, decidió no darle trámite al recurso al aducir que se trataba de un “mero acto de ejecución”.

4.17. Al no habersele dado trámite al recurso de reposición, correspondía a la Superintendencia de Notariado y Registro expedir el acto mediante el cual confirmara el nombramiento efectuado mediante Decreto 861 de 2015, dada la característica de acto complejo que conlleva el nombramiento de un notario, sin embargo, hasta la fecha, dicho acto de confirmación no fue comunicado y/o notificado al señor Cesar Negret Mosquera.

4.18. Pese a la ausencia del mencionado acto de confirmación, mediante comunicación calendada 4 de junio de 2015, la Directora de la Administración Notarial informó al señor Negret, que la fecha para realizar la posesión como notario había sido programada para el día 18 de junio de la misma anualidad.

4.19. Mediante oficio de 16 de junio de 2015, el actor solicitó una prórroga de 60 días para tomar posesión del cargo, la cual le fue concedida por el término de 30 días, mediante Decreto 1492 de 13 de julio de 2015.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir en única instancia, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el señor César Negret Mosquera contra del Gobierno nacional, con fundamento en lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 149 del CPACA, cuyo tenor literal es el siguiente:

#### **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:

(...)

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. (...)

Dicha norma rige el presente asunto por cuanto (i) se ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) las pretensiones no tienen contenido económico, por lo que carecen de cuantía; y (iii) se cuestionan actos proferidos por el Gobierno nacional.

Ahora bien, el Reglamento del Consejo de Estado –Acuerdo 55 de 2003–, establece la distribución de los negocios entre las diferentes Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo principalmente el criterio de especialización.

Así, según el artículo 13 de dicho Acuerdo, a la Sección Quinta le corresponde el conocimiento de los siguientes temas:

1. Los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral.
2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral.
3. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.
4. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de carácter electoral, dictadas en única instancia por los tribunales administrativos.
5. Los recursos incidentes y demás aspectos relacionados con los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva.
6. Las acciones de tutela que sean de competencia del Consejo de Estado, en un (10%) diez por ciento del total.
7. Las acciones de cumplimiento, de manera transitoria, en virtud del parágrafo del artículo 3 de la Ley 393 de 1997.

Conforme dichas atribuciones y en atención a los fundamentos planteados en la demanda, para el Despacho es incuestionable que el conocimiento de este proceso corresponde a la Sección Quinta.

Si bien el numeral 2 se refiere a las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido electoral y, los actos que aquí se controvierten (certificaciones, decretos de nombramiento y resoluciones de confirmación) no tienen ese carácter, lo cierto es que el criterio de especialización que fija el Reglamento de esta Corporación, impone que la sección de asuntos electorales, asuma el estudio del presente proceso, precisamente porque se censuran los actos de **nombramiento** de varios notarios del Círculo de Bogotá.

En ese orden, la conclusión necesaria es que, si la Sección Quinta conoce de las demandas contra **actos propiamente electorales** –elecciones o nombramientos– y las de nulidad y restablecimiento del derecho contra **actos de contenido electoral**, le compete estudiar las que en ejercicio de dicho medio de control ordinario, se impetren contra actos electorales. Una postura distinta equivaldría a desnaturalizar la especialidad que le corresponde a esta Sección.

Finalmente, no sobra advertir que el proceso bajo estudio no tiene carácter laboral, pues como se explicó, el actor controvierte actos de naturaleza electoral y las pretensiones de restablecimiento del derecho tienen la misma condición, puesto que se concretan en su nombramiento como notario en el Círculo de Bogotá. Además, la relación existente entre un Notario y el Gobierno –nacional, departamental según la categoría<sup>9</sup>–, no es laboral, pues no existen los elementos que permitan calificarla como tal<sup>10</sup>.

De otra parte, debe precisarse que conforme lo dispuesto en el artículo 125 del CPACA, corresponde al Ponente y no a la Sala, dictar la presente providencia.

## 2. Sobre la admisión de la demanda

Para efectos de admitir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en los artículos 162, 163 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como los anexos relacionados en el artículo 166.

2.1. La demanda que ocupa la atención del Despacho se ajusta formalmente a las exigencias del referido artículo 162, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, narra los hechos que las fundamentan, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación y suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y terceros interesados.

2.2. Igualmente, se individualizaron con toda precisión los actos administrativos que se demandan y se anexan las copias respectivas.

En este punto, conviene precisar que como se expuso anteriormente, en el acápite de las pretensiones –principales y subsidiarias–, el demandante solicitó la nulidad del acto por medio del cual se confirmó su nombramiento como Notario 76 del Círculo de Bogotá, sin identificarlo por cuanto afirmó que no le había sido notificado y/o notificado dicho acto. Por tal

<sup>9</sup> Artículo 161 del Decreto Ley 960 de 1970.

<sup>10</sup> Sobre la naturaleza jurídica del cargo de Notario pueden consultarse las siguientes providencias: sentencia de 25 de agosto de 2005, expediente 23001-23-31-000-2003-01418-01(3635), Sección Quinta; sentencia de 8 de agosto de 2012, expediente No. 0002325000200212829-03 (1748-2007), Sección Segunda, Subsección B; sentencia de 11 de julio de 2013, expediente 470012331000201200055-01, Sección Quinta; sentencia C-1212 de 21 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional, entre otras.

razón, como petición previa, pidió que el Despacho oficiara a la Superintendencia de Notariado y Registro para que lo remitiera.

No obstante, mediante memorial radicado el día 10 de agosto en la Secretaría de esta Sección, el apoderado de la parte demandante allegó, entre otros documentos, la Resolución 5788 de 27 de mayo de 2015, por medio de la cual el Superintendente de Notariado y Registro, confirmó el nombramiento de César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá.

En ese orden, y en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 163 del CPACA, el demandante debería individualizar con toda precisión ese acto demandado, esto es, el acto que confirmó el nombramiento, pero ello resultaría inane pues como se explicará a continuación, no será objeto de estudio en el presente proceso.

2.3. En efecto, el Decreto 861 de 29 de abril de 2015 y la Resolución 5788 de 27 de mayo de 2015 no pueden ser objeto de estudio pues escapan al objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el tema, el Despacho reitera lo dicho por la Sala en anteriores oportunidades<sup>11</sup>:

De conformidad con el artículo 104 del CPACA, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en:

“actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. (Se resalta).

Por lo tanto, cuando se establece que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, ha de entenderse que los mismos son administrativos, es decir, aquellos que exteriorizan la voluntad unilateral de la administración y que se expiden con la finalidad de producir efectos jurídicos.

Así, la declaración de voluntad de la administración, es uno de los elementos de la naturaleza del acto administrativo, de forma tal que, sin dicha declaración de voluntad, el acto que se expide podrá catalogarse dentro de otra categoría del acto jurídico, si se quiere en la de ejecución, pero nunca como acto administrativo.

El Decreto 861 de 29 de abril de 2015 “por el cual se da cumplimiento a unos fallos judiciales y se designa un notario en propiedad en el Círculo Notarial de Bogotá”, tiene por motivación lo siguiente:

“Que el doctor César Laureano Negret Mosquera interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo el radicado 25000-23-25-000-2009-00259-01 de la cual conoció por reparto la Subsección A - Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se declarara la nulidad del Acuerdo 178 de 3 de febrero de 2009 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, por medio del cual se conformó la lista de elegibles para el círculo notarial de Bogotá, y se le restituyera “su derecho a ser nombrado y permanecer en el círculo notarial de Bogotá a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia”.

Que la Subsección A - Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo del 13 de septiembre de 2012 declaró la “nulidad parcial del Acuerdo No. 178 del 3 de febrero de 2009, proferido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en relación a la calificación asignada al actor César Negret Mosquera”, y a título de restablecimiento del derecho ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial “remítir su nombre al Gobierno nacional, para su nombramiento como Notario en propiedad tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá”.

Que la Sección Segunda Consejo de Estado (sic), mediante fallo del 20 de marzo de 2014, al resolver los recursos de impugnación presentados por las partes confirmó la sentencia de 13 de septiembre de 2012, proferida por la Subsección A - Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Que en el fallo de 20 de marzo de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo que “(...) se debe realizar la designación del señor César Negret Mosquera tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá, sin que dicha decisión afecte a ninguna de las personas de la lista de elegibles y mucho menos sus correspondientes nombramientos (...)”.

(...)

Que el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante documento del 04 de febrero de 2015, certificó que “la Notaría Setenta y seis (76) del Círculo de Bogotá fue la primera notaría vacante de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en fallo del 20 de marzo de 2014” y “que en consecuencia y para dar cumplimiento a lo ordenado por el Honorable Consejo de Estado, se debe nombrar al doctor César Laureano Negret Mosquera, Notario Setenta y Seis (76) del Círculo de Bogotá”. (...)

Por otra parte, la Resolución 5788 de 27 de mayo de 2015 “Por medio de la cual se confirma el nombramiento de un notario”,

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 14 de febrero de 2013, expediente 27001-23-31-000-2012-00069-01, Demandante: Yesid Mosquera Campas, Demandado: Yezid Alberto Chamat Luna, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

consagra idéntica motivación a la trascrita con el fin de confirmar el nombramiento de César Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá.

De la simple lectura de los referidos actos se desprende que, contrario a exteriorizar una verdadera voluntad de la administración, la decisión de nombrar y confirmar al señor Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá por parte del Gobierno nacional, no corresponden sino a la ejecución de una orden proferida por el juez del proceso ordinario.

De esta manera, la controversia que se suscita no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la medida en que no tiene como origen un acto administrativo y por tanto, la parte resolutoria de esta providencia solo se admitirán las siguientes pretensiones:

#### A. Principales

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la "primera vacante" del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. Nulidad de la **Certificación del 14 de abril de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner debía ser nombrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 862 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República a) expida un nuevo decreto en el cual se nombre al señor César Negret en la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá y b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

#### B. Subsidiarias

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la

"primera vacante" del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. **Certificación del 15 de enero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 125 de 21 de enero de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad a Fernando Téllez Lombana, como Notario 28 del Círculo de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 2063 de 24 de febrero de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento de Fernando Téllez Lombana como Notario 28 del Círculo Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República: a) expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera como notario de carrera en la Notaría 28 del Círculo Notarial de Bogotá y; b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

2.4. Superado lo anterior, es menester analizar si la demanda atendió al plazo que concede el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. La referida norma indica:

"Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;".

2.4.1. Se recuerda que dentro de las pretensiones principales de la demanda se solicitó la nulidad del Decreto 862 de 29 de abril de 2015, por medio del cual se nombró a Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 de Bogotá y, la Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015, que confirmó aquel nombramiento.

Como la demanda fue radicada el 31 de julio de 2015, se concluye que respecto de estas pretensiones, se presentó en tiempo, es decir, antes de que vencieran los 4 meses que concede la norma referida, incluso si se tiene en cuenta la fecha en que el acto complejo demandado fue proferido.

2.4.2. Entre las pretensiones subsidiarias se solicitó la nulidad del Decreto 125 de 21 de enero de 2015 por medio del cual se nombró a Fernando Téllez Lombana como Notario 16 de Bogotá y la Resolución 2063 de 24 febrero de 2015 que confirmó dicho nombramiento.

Independientemente de la procedencia de la conciliación prejudicial en este tipo de acciones en las que se pretende la nulidad de un nombramiento, lo cierto es que en el presente asunto, la solicitud ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos fue radicada el 20 de mayo de 2015, la audiencia se llevó a cabo el 29 de julio y al día siguiente fue expedida la certificación de que esta resultó fallida por falta de acuerdo<sup>12</sup>.

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001<sup>13</sup> la presentación de la solicitud suspende el término de caducidad, lo que significa que entre el 20 de mayo y el 30 de julio dicho término estuvo en suspenso y se reanudó el 31 de julio de 2015, fecha en que la demanda fue radicada, lo que indica que fue radicada oportunamente respecto de estas pretensiones.

2.5. Por no haber sido objeto de la referida conciliación, la pretensión de restablecimiento consistente en que se ordene que: a) el Presidente de la República expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera en alguna de las notarías que se encuentre vacante al momento de dictar el fallo, pero de conformidad con las reglas de concurso notarial, esto es dando prelación al criterio de escogencia manifestado por él, al momento de participar en el concurso; y b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad; no será objeto de estudio en el presente proceso.

Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de que está investido el juez de lo contencioso administrativo quien, para restablecer el derecho particular, podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas<sup>14</sup>.

2.6. En los términos señalados, en virtud del cumplimiento de todos los requisitos para ello, **la demanda se admitirá.**

3. Ahora bien, en la demanda se solicitó la **suspensión provisional** del Decreto 861 de 29 de abril de 2015, por medio del cual se nombró a César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá y del acto que confirmó dicho nombramiento.

Al respecto, baste señalar, que por haberse excluido del estudio del presente proceso dichos actos, no se le dará el correspondiente trámite a la medida cautelar solicitada por sustracción de materia, pues resultaría inane disponer el traslado de la solicitud para que el demandado se pronuncie sobre ella (artículo 233 CPACA), teniendo en cuenta que por tratarse de actos de ejecución no son susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como se explicó líneas atrás.

Huelga manifestar que por tratarse de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y no una meramente electoral -en la que únicamente podría pedirse en la demanda<sup>15</sup>-, podría en cualquier momento del proceso, y debidamente sustentada, solicitarse una medida cautelar respecto de los actos que sí serán objeto del presente proceso, pues su finalidad es justamente, proteger y garantizar, de manera provisional, el **objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**, como lo señala el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, cabe recordar, que el artículo 230 del CPACA establece que las medidas cautelares deberán tener **relación directa y necesaria** con las pretensiones de la demanda.

Por consiguiente, al abstenerse el Despacho de admitir las pretensiones de nulidad respecto de los actos cuya suspensión provisional se solicitó, no es posible el estudio de dicha medida cautelar.

4. Finalmente, se recuerda al demandante que, si a bien lo tiene, puede indicar una dirección de correo electrónico para surtir las notificaciones a través de dicho medio (Artículo 166 numeral 7º).

Por lo expuesto, se

### III. RESUELVE

**Primero. Rechazar** la demanda instaurada a través de apoderado judicial por César Negret Mosquera, respecto de las siguientes pretensiones:

a. **Nulidad del Decreto 861 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá.

b. **Nulidad del acto administrativo mediante el cual se**

<sup>15</sup> 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.

<sup>12</sup> Folio 73-74.

<sup>13</sup> Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

<sup>14</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

**Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.**

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor. (Negrilla fuera de texto).

confirmó el nombramiento del señor César Negret Mosquera, como Notario 76 del Círculo de Bogotá -Resolución 5788 de 27 de mayo de 2015-.

**Segundo. Admitir** la demanda únicamente respecto de las siguientes pretensiones:

#### A. Principales

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la "primera vacante" del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. Nulidad de la **Certificación del 14 de abril de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner debía ser nombrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 862 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República a) expida un nuevo decreto en el cual se nombre al señor César Negret en la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá y b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

#### B. Subsidiarias

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la "primera vacante" del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. **Certificación del 15 de enero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 125 de 21 de enero de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad a Fernando Téllez Lombana, como Notario 28 del Círculo de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 2063 de 24 de febrero de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento de Fernando Téllez Lombana como Notario 28 del Círculo Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República: a) expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera como notario de carrera en la Notaría 28 del Círculo Notarial de Bogotá y; b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

**Tercero. Abstenerse** de darle trámite a la solicitud de suspensión provisional respecto del Decreto 861 de 2015 y del acto que confirmó dicho nombramiento, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Cuarto. Notificar** personalmente al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; al Ministro de la Justicia y el Derecho; al Superintendente de Notariado y Registro; y al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, en la forma prevista en el numeral 1 del artículo 171 del CPACA.

**Quinto. Notificar** personalmente esta providencia al agente del Ministerio Público (Art. 171.2 CPACA).

**Sexto. Notificar** personalmente a los señores Gustavo Eduardo Vergara Weisner y Fernando Téllez Lombana, por tener interés directo en el resultado del proceso (Art. 171.3 CPACA).

**Séptimo. Notificar** por estado esta providencia al actor (Art. 171.1 CPACA).

**Octavo. Comunicar** esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista para ello.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Competencia y oportunidad**

El artículo 246 del CPACA prevé: “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”.

En el caso en análisis, el auto recurrido es un interlocutorio dictado por la Consejera Ponente, luego, es posible del recurso ordinario de súplica y corresponde resolverlo a la Sala de que forma parte el Ponente, con su exclusión. El auto suplicado fue notificado por estado del 30 de junio de 2015 y el escrito de impugnación fue presentado el 2 de julio de ese año, es decir, fue oportunamente propuesto.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 246

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Legitimación para su interposición**

De conformidad con lo previsto en el artículo 137 del CPACA: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. 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. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. Cuando la ley lo

consagre expresamente. Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.

De esta manera, la finalidad del medio de control de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona.

Dentro de las características más sobresalientes de este medio de control, se encuentran, entre otras, que es pública, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad, la sentencia produce efectos retroactivos, y procede, por regla general, contra actos de contenido general y abstracto.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 137

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Legitimación para su interposición/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Diferencia con el medio de control de nulidad**

Este medio de control está consagrado en el artículo 138 del CPACA, así: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso (1°) del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.

Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”. Mediante esta acción, una persona que ha sido lesionada por un acto de la administración, puede solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel.

Por consiguiente, el referido medio solo puede ser ejercido por la persona cuyo derecho ha sido violado o vulnerado en virtud del acto administrativo.

En conclusión, el medio de control de simple nulidad se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley.

Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando solo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad.

Por el contrario, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerce no solo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo.

Este medio solo puede ser ejercido por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Por regla general, tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto definitivo. Puntualizando, esta acción se reserva para proteger directamente el derecho subjetivo del administrado que ha sido vulnerado por un acto de la administración.

Nota de Relatoría: Sentencia de 15 de noviembre de 1990. Rad. 2339.

Fuente formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 138

#### **RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que rechazó la demanda/**

#### **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procede contra actos de carácter particular y concreto/ACCIÓN DE NULIDAD - Procede contra actos de carácter general/ADECUACIÓN DE LA DEMANDA - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la acción de nulidad**

Como se mencionó en precedencia, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó que se declaren nulas las Resoluciones No. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de 2014 proferidas por el CNE.

Tal como se desprende de la parte resolutive de estas resoluciones, aquellas expresamente solo impusieron sanciones al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, tanto es así, que incluso el numeral tercero del primer acto referenciado expresamente indica que la autoridad electoral que se abstiene "de sancionar al Candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído".

En ese sentido se imponía al Despacho Sustanciador, al momento de admitir la demanda, haber advertido la falta de legitimación en la causa del demandante para acudir a esta jurisdicción en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, se recuerda, aquel se ejerce no solo con el fin de garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino también para la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona, de forma que solo puede ser ejercido por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto, lo que evidentemente no ocurre con el demandante en la medida en que, se insiste, la decisión cuestionada no solo no lo sancionó sino que, expresamente, se abstuvo de hacerlo.

Ahora, no escapa a la Sala que en su demanda el actor solicite como "restablecimiento de su derecho" -pretensiones quinta y sexta ya que las demás son tan solo las consecuencias naturales derivadas de la nulidad de los actos acusados- el pago de unos perjuicios que como se explicó no se derivan de dichos actos.

Por lo anterior, es que el medio procesal para reclamarlos, si el demandante insiste en ellos, tampoco sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la evidente falta de conexión entre aquellos y los actos que se acusan, sino el de la reparación directa.

Entonces, era lo propio que el Despacho Sustanciador hubiese evidenciado tal circunstancia, con la consecuencia inherente de tramitar el asunto bajo la cuerda procesal de una simple nulidad (medio de control para el cual el demandante sí se encuentra legitimado en la causa por activa), en aplicación del artículo 171 del CPACA.

Dicha atribución, le otorga al juez un margen para encuadrar las pretensiones formuladas por los accionantes en el medio de control que resulte adecuado, teniendo en cuenta para ello distintos criterios, entre ellos, la legitimación en la causa, requisito que además se constituye en presupuesto procesal de toda causa.

Ahora bien, toda vez que el Despacho Sustanciador no ajustó la demanda en los términos referenciados, no puede la Sala trasladarle al demandante el yerro en que incurrió la Administración de Justicia, máxime, si la decisión fue adoptada no al proveer inicialmente sobre la admisión de la demanda (lo cual habría admitido recurso sobre el particular), sino en forma posterior justamente al resolver el recurso de reposición interpuesto por la contraparte, lo que, como se sabe, no admite sobre el punto un segundo recurso (artículo 318 del C. G. P.).

Esta situación trajo como consecuencia haber exigido el requisito de procedibilidad de la conciliación, aplicable a un medio de control que ciertamente no es el adecuado para la tramitación de esta causa, por la evidente falta de legitimación en la causa por activa del demandante (ausencia de presupuesto procesal).

En efecto, el artículo 161 del CPACA que regula los requisitos

previos para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo exige que cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituya requisito de procedibilidad únicamente en las demandas relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Por tanto, se ordenará que la presente demanda sea tramitada como una de simple nulidad, pues es el medio que se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular y a la que, por lo mismo, no le es aplicable el requisito de procedibilidad en comentario.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 (S)

Actor: Édgar Humberto Silva González

Demandado: Consejo Nacional Electoral

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderada judicial, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó declarar nulas las Resoluciones No. 3049 del 29 de julio de 2014<sup>1</sup> y 3347 del 20 de octubre de 2014<sup>2</sup> proferidas por el Consejo Nacional Electoral, en adelante CNE.

La demanda correspondió por reparto al Despacho de la doctora Susana Buitrago Valencia<sup>3</sup>, la cual fue admitida mediante auto de 24 de marzo de 2015. Contra este proveído el CNE presentó recurso de reposición, toda vez que a su juicio, la demanda no debió admitirse, pues el accionante no acreditó el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Lo anterior ya que el demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de 2014, y como restablecimiento de su derecho, la indemnización de unos perjuicios que alega fueron causados por el CNE al haber expedido los anteriores actos, razón por la cual, a juicio del demandado, era indispensable que antes de interponer la demanda, el accionante agotara la conciliación administrativa prejudicial como requisito de procedibilidad, ante la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 161 del CPACA.

Finalmente, adujo que, revisado el traslado de la demanda, no se encontró ni en los hechos ni en los anexos de la misma, constancia de que la parte actora hubiera acudido a ese mecanismo de resolución de conflictos.

Por otra parte, el demandante al descorrer el traslado del recurso de reposición manifestó que, si bien es cierto, el artículo 161 del CPACA indica que previo a interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, debe agotarse el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, lo cierto es que el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001<sup>4</sup> indica que, cuando se trate de asuntos en los que se quiera solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares, se deberá acudir directamente ante la jurisdicción.

<sup>4</sup> Artículo 35. Modificado por el art. 52, Ley 1395 de 2010. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, **contencioso administrativa**, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1º del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero. Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción.

De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

**Parágrafo.** Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia.

Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura. Subrayado Declarado Inexequible por Sentencia Corte Constitucional 893 de 2001. Texto en Negrilla Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 417 de 2002. Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia 1195 de 2001, bajo el entendido que cuando hubiere violencia intrafamiliar la víctima no estará obligada a asistir a la audiencia de conciliación y podrá manifestarlo así al juez competente, si opta por acudir directamente a la jurisdicción del Estado.

<sup>1</sup> "Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011".

<sup>2</sup> Por la cual se confirmó la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014.

<sup>3</sup> Por terminación del periodo de la Magistrada Buitrago Valencia, la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez recibió en encargo el Despacho de aquella.

Por tanto, no le asiste razón al recurrente al considerar que el accionante debió agotar el requisito de procedibilidad previo a la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que la normativa mencionada es clara y permite que quien demande pueda acudir directamente a la jurisdicción sin la citación previa en sede de la Procuraduría para la conciliación prejudicial, cuando solicita el decreto de práctica de medidas cautelares como debidamente se realizó y sustentó en el libelo introductorio.

Afirmó que el artículo 613 del C. G. P.<sup>5</sup> previó un requisito adicional al establecido en el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en cuanto exige que la medida cautelar pedida sea de carácter patrimonial, frente a lo cual consideró que si bien es cierto es una norma posterior y especial, el principio de favorabilidad le debe ser aplicado.

Señaló que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, ninguna de las medidas cautelares que enlista el artículo 230 del CPACA<sup>6</sup> es de carácter patrimonial y que por lo tanto, el estudio debe hacerse respecto de los efectos que se producen al decretar alguna de esas medidas, es decir, la consecuencia económica del decreto de la medida.

5 Artículo 613. *Audencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos.* Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-834 de 2013. Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.

6 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. 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 agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

**Parágrafo.** Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Argumentó que la medida cautelar solicitada consiste en la suspensión provisional de la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014, que en su artículo 4 ordena "*al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U reintegre al Fondo Nacional de Financiación Política el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la Campaña Electoral del Candidato Silva a la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta), esto es, cinco millones trescientos veintiún mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848 m/cte)...*" decisión que genera como consecuencia la solicitud de pérdida del empleo del accionante, lo que de manera directa le genera consecuencias patrimoniales.

Manifestó que en la solicitud de la medida cautelar se cumplió con el requisito de probar al menos sumariamente la existencia de perjuicios con los actos demandados sobre los cuales recae la medida, pues se allegó con la demanda copia de la solicitud de pérdida del cargo presentada por el CNE contra Édgar Humberto Silva González.

Por lo anterior, consideró que los actos administrativos sobre los cuales recae la solicitud de la medida, son de contenido patrimonial por la suma de dinero que ordena reintegrar y por la pérdida del cargo del demandante, que evidentemente trae claras consecuencias patrimoniales al actor.

## 2. El auto inadmisorio y consecuente rechazo de la demanda

Por auto de 15 de mayo de 2015, el Despacho Ponente dejó sin efecto los ordinales segundo y tercero del auto de 24 de marzo de 2015 en cuanto se admitió la demanda, en consecuencia la inadmitió y ordenó al actor que en el término de 10 días la corrigiera, en el sentido de acreditar el cumplimiento del requisito de que trata el numeral 1 del artículo 161 del CPACA. Los argumentos de la anterior decisión se resumen así:

i. Las pretensiones de la demanda son de carácter declarativo, con efectos de restablecimiento y resarcitorios. Son aspectos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 138 del CPACA, de forma que, si se anula el acto acusado, las cosas regresan a su estado anterior; para el sub examine, que el partido quede sin la sanción impuesta y adicionalmente, en el evento en que se determine que se le ocasionaron perjuicios al demandante, podría devenir condena a cargo del accionado, atinente a reconocer la indemnización, por ende, es evidente que las pretensiones son de naturaleza patrimonial.

ii. Argumentó que el artículo 161 del CPACA exige como presupuesto de procedibilidad para instaurar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que verse sobre asunto conciliable, que se acredite previamente el trámite de conciliación extrajudicial. Examinados los anexos de la demanda se advierte que no obra acreditación en el sentido de que se haya atendido a esta exigencia.

iii. La medida cautelar solicitada en la demanda corresponde a la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014 y de su confirmatoria, la No. 3347 del 20 de octubre de 2014 del CNE, actos administrativos de naturaleza pecuniaria.

iv. Señaló que la medida cautelar que se deprecia, esto es, que se suspendan los efectos de los actos demandados, en sí misma no tiene un contenido patrimonial. Por lo anterior, adujo que *“no concierne a que el juez produzca una orden provisional de protección al objeto del proceso y para la efectividad de la sentencia, que materialmente y de manera directa se refiera a que el demandado para cumplir tal orden deba hacer erogaciones económicas”*.

v. Concluyó que, una cosa es que los actos demandados tengan un carácter patrimonial cuando impongan una sanción pecuniaria (multa), y otra diferente es que la medida cautelar también posea este carácter, cosa que para el presente caso no ocurre así, si se parte de que la solicitud concierne a que el juez provisionalmente dicte una orden cuya ejecución o cumplimiento no conlleve en forma directa e inmediata para el demandado efectuar gastos o inversiones de carácter económico.

Toda vez que el demandante en el término concedido para subsanar la demanda no la corrigió, se **rechazó mediante auto de 25 de junio de 2015**.

### 3. Recurso de súplica

El 9 de julio de 2015 el accionante interpuso recurso de súplica contra el auto de 25 de junio de 2015 que rechazó la demanda, en escrito en el que reiteró lo expuesto al descorrer el traslado del recurso de reposición que interpuso el CNE contra el auto que admitió la demanda de la referencia.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia y oportunidad

El artículo 246 del CPACA prevé: *“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”*.

En el caso en análisis, el auto recurrido es un interlocutorio dictado por la Consejera Ponente, luego, es pasible del recurso ordinario de súplica y corresponde resolverlo a la Sala de que forma parte el Ponente, con su exclusión. El auto suplicado fue notificado por estado del 30 de junio de 2015 y el escrito de impugnación fue presentado el 2 de julio de ese año, es decir, fue oportunamente propuesto.

### 2. Del medio de control que se ajusta a lo pretendido por el actor.

La Sala de súplica, habiendo adelantado el examen inherente de la legalidad de la actuación surtida hasta ahora, en la parte resolutive de esta providencia revocará el auto del 25 de junio de 2015 por el cual se rechazó la demanda -previamente admitida-, con fundamento en las razones que pasan a explicarse:

La Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, *“Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por la violación de los límites de Ingresos y Gastos de la Campaña Electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011”* dispuso:

*“Artículo Primero. Declarar la violación de los límites de Ingresos y Gastos establecidos en la Campaña Electoral del Candidato Édgar Humberto Silva González a la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta), avalada por el Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U–.*

*Artículo Segundo. Sancionar al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U–, con la suspensión al derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) en las próximas elecciones por la violación de los Límites de Ingresos y Gastos de la Campaña Electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, esto es, lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011.*

*Artículo Tercero. Abstenerse de sancionar al Candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído.*

*Artículo Cuarto. Ordenar al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U– reintegre al Fondo Nacional de Financiación Política el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la Campaña Electoral del candidato Silva a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán*

(Meta), esto es, cinco millones trescientos veintinueve mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848 m/cte.) debido a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que reconocía tal derecho expedido por esta Corporación de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

**Artículo Quinto.** Notifíquese la presente decisión, de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U–, al señor Alexander Vega apoderado del señor Édgar Humberto Silva González y al Ministerio Público.

**Artículo Sexto.** Enviése copia de la presente Resolución a la Oficina Jurídica de esta Corporación, para que presente ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida de cargo del señor Édgar Humberto Silva González, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

**Artículo Séptimo.** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación". (Resalta la Sala).

Por otra parte, las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el demandante, se centraron en solicitar:

**Primera.** Se declare la nulidad de la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, "por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por la violación de los límites de Ingresos y Gastos de la Campaña Electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011".

**Segunda.** Se declare la nulidad de la Resolución No. 3347 del 20 de octubre de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, "por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014 que sancionó al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, y se toman otras determinaciones, bajo el radicado 16655-11".

**Tercera:** A título de restablecimiento del derecho se ordene al Consejo Nacional Electoral, cesar cualquier trámite administrativo o judicial tendiente a hacer efectivo el contenido de los citados actos administrativos.

**Cuarto:** A título de restablecimiento del derecho se ordene al Consejo Nacional Electoral, a proceder de manera inmediata ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, la terminación del proceso con pretensión de pérdida del cargo iniciado en contra del actor Édgar Humberto Silva González, que se tramita con radicado No. 50001-23-33-000-2015-00006-00, bajo la instrucción del Señor Magistrado doctor Héctor Enrique Rey Moreno.

**Quinta:** A título de reparación patrimonial se condene al Consejo Nacional Electoral, a reconocer y pagar a Édgar Humberto Silva González la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000), por concepto de daño emergente representados en el pago de honorarios por defensa judicial en que hubo de incurrir tanto para la defensa ante el Consejo Nacional Electoral, como para la defensa dentro del medio de control de nulidad electoral con pretensión de pérdida del empleo iniciado por el Consejo Nacional Electoral, contra Édgar Humberto Silva González.

**Sexta:** A título de reparación patrimonial se condene al Consejo Nacional Electoral, a reconocer y pagar a Édgar Humberto Silva González la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales que hubo de padecer tanto por el tiempo en que se tramitó el proceso sancionatorio ante el Consejo Nacional Electoral, como por el proceso judicial con pretensión de pérdida del cargo iniciado por la misma autoridad electoral, lo que ha generado estrés, zozobra, incertidumbre y graves reproches ante la opinión pública, con la consecuente conculcación a su derecho fundamental al buen nombre.

**Séptima:** Condenar en costas al accionado de acuerdo al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011".

Con el fin de identificar cuál de las acciones consagradas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la que se ajusta al caso objeto de estudio, teniendo en cuenta su naturaleza y objeto, la Sala, primero, hará un estudio respecto de la aplicabilidad de los medios de control de:

- i) simple nulidad y
- ii) nulidad y restablecimiento del derecho. Una vez identificado lo anterior, corresponderá entonces verificar si era o no necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación ya que dicha exigencia solo se predica, como en su momento pasará a explicarse, en el segundo supuesto (nulidad y restablecimiento del derecho).

### 2.1. Del medio de control de simple nulidad y de la legitimación para su interposición

De conformidad con lo previsto en el artículo 137 del CPACA: *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando bayan 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. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.*

*Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*

1. *Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
2. *Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
3. *Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
4. *Cuando la ley lo consagre expresamente.*

**Parágrafo.** *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.*

De esta manera, la finalidad del medio de control de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo **por cualquier persona**.

Dentro de las características más sobresalientes de este medio de control, se encuentran, entre otras, que es pública, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad, la sentencia produce efectos retroactivos, y procede, por regla general, contra actos de contenido general y abstracto<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Sentencia C-199/97. Referencia: Expediente D-1471. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. M. P. Hernando Herrera Vergara. 17 de abril de 1997.

### 2.2. Del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la legitimación para su interposición

Este medio de control está consagrado en el artículo 138 del CPACA, así: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso (1°) del artículo anterior.*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

Mediante esta acción, una persona que ha sido lesionada por un acto de la administración, puede solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel. Por consiguiente, **el referido medio solo puede ser ejercido por la persona cuyo derecho ha sido violado o vulnerado en virtud del acto administrativo.**

Como lo señaló esta Corporación en providencia del 15 de noviembre de 1990 (Exp. 2339), al referirse a la misma:

*“Quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la de anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la acción llamada “de nulidad”, es decir, la nulidad de los actos (art. 84), procediendo esta cuando bayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera”; la única diferencia que señala la ley en cuanto hace a esta pretensión común de ambas “acciones” es que la de “restablecimiento del derecho”, además de lo anterior, exige que la persona que la incoa “se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica”.*

*Son, pues, las dos acciones, caminos señalados por la ley colombiana como medios para hacer efectivo el control jurisdiccional de los actos administrativos y para ejercer respecto a ellos, si es del caso, las*

sanciones típicas del principio de legalidad. Se asemejan ellas al denominado "recurso por exceso de poder" que ha consagrado el derecho francés mediante creación jurisprudencia de vieja data, en cuanto atañe a pretender que se anule el acto administrativo en razón de una de las causales que se han visto en el párrafo precedente.

Ahora bien, como se venía explicando ut supra, la acción de restablecimiento del derecho (la misma que antes se conocía con el nombre de "acción de plena jurisdicción" (C. C. A., art. 667, L. 167/41) y hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (D.L. 2304/89, art. 15), aunque en verdad es típicamente de carácter subjetivo ("Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo..."), guarda estrecha armonía con la acción de nulidad simple (tutelar el derecho objetivo), puesto que como se deriva de la simple lectura del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo vigente, los motivos que se pueden invocar por el demandante, en una u otra acción, son comunes. De allí que una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho sea la anulación del acto administrativo y que otra consecuencia de los resultados favorables de esta, el restablecimiento en su derecho. Más, lógicamente, que ese restablecimiento está supeditado a que el derecho subjetivo del interesado exista, porque si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.

Esto último fue lo que observó el tribunal en el caso particular del actor, y vio cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión (...). Que la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de la nulidad del acto y la del restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo debe acceder indubitablemente a esta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se requiere restablecer, no exista" (negrillas y subrayas fuera de texto).

En conclusión, como se indicó en precedencia, el medio de control de simple nulidad se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando solo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad.

Por el contrario, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerce no solo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la **defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Este medio solo puede ser ejercido por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto**. Por regla general, tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto definitivo. Puntualizando, esta acción se reserva para **proteger directamente el derecho subjetivo del administrado** que ha sido vulnerado por un acto de la administración.

### 3. De la actuación del Despacho Sustanciador

Como se mencionó en precedencia, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó que se declaren nulas las Resoluciones No. 3049 del 29 de julio de 2014<sup>8</sup> y 3347 del 20 de octubre de 2014<sup>9</sup> proferidas por el CNE. Tal como se desprende de la parte resolutive de estas resoluciones, aquellas expresamente solo impusieron sanciones al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, tanto es así, que incluso el numeral tercero del primer acto referenciado expresamente indica que la autoridad electoral que se abstiene "de sancionar al Candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído".

En ese sentido se imponía al Despacho Sustanciador, al momento de admitir la demanda, haber advertido la falta de legitimación en la causa del demandante para acudir a esta jurisdicción en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, se recuerda, aquel se ejerce no solo con el fin de garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino también para la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo cuya legalidad se cuestiona, **de forma que solo puede ser ejercido por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto, lo que evidentemente no ocurre con el demandante en la medida en que, se insiste, la decisión cuestionada no solo no lo sancionó sino que, expresamente, se abstuvo de hacerlo**.

Ahora, no escapa a la Sala que en su demanda el actor solicite como "restablecimiento de su derecho" – pretensiones quinta y sexta ya que las demás son tan solo las consecuencias naturales derivadas de la nulidad de los actos acusados– el pago de unos perjuicios que como se explicó no se derivan de dichos actos. Por lo anterior, es que el medio procesal para reclamarlos, si el demandante insiste en ellos, tampoco sería el de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la evidente falta de

8 "Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Edgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011".

9 Por la cual se confirmó la Resolución No. 3049 del 29 de julio de 2014.

**conexión entre aquellos y los actos que se acusan, sino el de la reparación directa.**

Entonces, era lo propio que el Despacho Sustanciador hubiese evidenciado tal circunstancia, con la consecuencia inherente de tramitar el asunto bajo la cuerda procesal de una simple nulidad (medio de control para el cual el demandante sí se encuentra legitimado en la causa por activa), en aplicación del artículo 171 del CPACA<sup>10</sup>.

Dicha atribución, le otorga al juez un margen para encuadrar las pretensiones formuladas por los accionantes en el medio de control que resulte adecuado, teniendo en cuenta para ello distintos criterios, entre ellos, la legitimación en la causa, requisito que además se constituye en presupuesto procesal de toda causa.

Ahora bien, toda vez que el Despacho Sustanciador no ajustó la demanda en los términos referenciados, no puede la Sala trasladarle al demandante el yerro en que incurrió la Administración de Justicia, máxime, si la decisión fue adoptada no al proveer inicialmente sobre la admisión de la demanda (lo cual habría admitido recurso sobre el particular), sino en forma posterior justamente al resolver el recurso de reposición interpuesto por la contraparte, lo que, como se sabe, no admite sobre el punto un segundo recurso (artículo 318 del C. G. P.).

Esta situación trajo como consecuencia haber exigido el requisito de procedibilidad de la conciliación, aplicable a un medio de control que ciertamente no es el adecuado para la tramitación de esta causa, por la evidente falta de legitimación en la causa por activa del demandante (ausencia de presupuesto procesal).

En efecto, el artículo 161 del CPACA que regula los requisitos previos para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo exige que cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituya requisito de procedibilidad únicamente en la demandas relativas a **nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.**

Por tanto, se ordenará que la presente demanda sea tramitada como una de simple nulidad, pues es el medio que se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular y a la que, por lo mismo, no le es aplicable el requisito de procedibilidad en comentario.

Por otra parte, no escapa a la Sala la existencia, en esta Sección, de un proceso de pérdida del cargo<sup>11</sup> iniciado por el Consejo

Nacional Electoral justamente por el hecho de la violación de topes en la campaña electoral del demandante al tiempo que se tramita el proceso que nos ocupa.

Tal situación podría llevar a sostener que resulta inane adelantar al mismo tiempo, ambos medios de control, no obstante, este argumento para la Sala se torna en insustancial.

Esto es así, ya que, en el primero de aquellos, la función del juez electoral se concreta en realizar un control oficioso de legalidad respecto de la formación objetiva del acto; diferente al papel que se cumple al estudiar el medio de control de simple nulidad, en el que el juez tiene como derrotero los cargos planteados en la demanda, incluso reproches tales como desviación de poder o falsa motivación, que evidentemente no pueden ser analizados en la solicitud de pérdida del cargo por exceder el alcance de este medio de control<sup>12</sup>.

Fue por lo anterior, justamente, que el ponente con auto de 21 de julio de 2015 decidió suspender por prejudicialidad el proceso de pérdida de cargo hasta tanto no se decidiera la controversia que nos ocupa.

#### 4. Conclusión

De conformidad con las características de los medios de control expuestos en precedencia, y de cara al interés del demandante para acudir a esta Jurisdicción, se revocará el auto duplicado y se ordenará al Despacho Sustanciador tramitar la demanda como una de simple nulidad, medio de control que no exige el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial para su presentación.

Por lo expuesto, se

#### III. RESUELVE

**Primero. Revocar el auto del 25 de junio de 2015** mediante el cual se rechazó la demanda.

**Segundo. Ordenar** al Despacho Sustanciador que tramite la demanda de la referencia como una de simple nulidad.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado  
**Alfredo Beltrán Sierra**  
Conjuez

10 "Artículo 171. Admisión de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada (...)".

11 Proceso a cargo del C. P. (e): Alberto Yepes Barreiro. Radicación Número: 50001-23-33-000-2015-0006-01. Demandante: Consejo Nacional Electoral. Demandado: Édgar Humberto Silva González - Alcalde de Puerto Gaitán (Meta).

12 Para el caso de la referencia, los cargos de nulidad propuestos en contra de los actos acusado son: "i) *haber sido expedidos por funcionario sin competencia*; ii) *haber sido expedidos en forma irregular*; iii) *haber sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa*; iv) *haber sido expedidos con falsa motivación*; y, v) *por haber sido expedidos con infracción en las normas en debían fundarse*" (Fl. 6).

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Nulidad procesal por falta de mitificación personal al demandado. Desistimiento/NOTIFICACIÓN PERSONAL - Del auto admisorio de la demanda a personas privadas que ejerzan funciones públicas/RECURSO DE REPOSICIÓN - Contra auto admisorio de la demanda**

En el presente caso, el solicitante de la nulidad desistió expresamente de la petición, lo que da lugar a que sea aceptada por el Ponente.

No obstante lo anterior, es importante precisar que no se configuró la causal de nulidad alegada.

En efecto, el auto admisorio de la demanda dispuso la notificación personal del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner, por tener interés directo en el resultado del proceso (Art. 171.3 CPACA).

Ahora bien, en cuanto a las notificaciones debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA cuyo tenor literal es el que sigue:

"Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al ministerio público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. <Artículo modificado por del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

El secretario hará constar este hecho en el expediente. (...)” Como puede observarse, el primer inciso dispone que a las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado, la notificación del auto admisorio de la demanda se surte a través del correo electrónico, la cual, por mandato del artículo 197, se entiende como personal.

En el presente caso, la notificación personal del señor Vergara Wiesner se efectuó al correo de la Notaría 16 en tanto, i) los notarios se consideran particulares en ejercicio de la “función fedante” que es propia del Estado y, ii) su vinculación al proceso obedece a que, precisamente, ejerce como titular de dicha notaría. En ese orden, la notificación realizada al buzón electrónico de la Notaría 16 se realizó en debida forma, sin que existiera el vicio alegado.

Sobre el recurso de reposición. Como se expuso en el acápite de antecedentes, la inconformidad del recurrente consiste, básicamente, en que no debieron admitirse las pretensiones del actor respecto de los actos de designación del Notario 16, al haberse rechazado aquellas formuladas respecto de los que lo designaron Notario 76 de Bogotá, en razón a que unas y otras son inescindibles.

El Despacho no repondrá la decisión cuestionada por las razones que a continuación se exponen:

En el auto admisorio de la demanda, el Despacho rechazó las pretensiones de nulidad del Decreto 861 de 2015 y del acto que confirmó el nombramiento de César Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá, en razón a que corresponden a actos de mero cumplimiento de una sentencia judicial y, por tanto, excluidos del control judicial.

Ahora bien, sí se admitió la demanda respecto de la certificación de 4 de febrero de 2015, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, en la cual se afirmó que la primera vacante en el círculo notarial de Bogotá, fue la Notaría 76.

Es claro entonces, que la certificación determinó cuál era la primera vacante y en consecuencia, se impone estudiar si respecto de ella se configuran las causales de nulidad que se le endilgan, puesto que el objeto del presente proceso, consiste en establecer cuál es la primera vacante del círculo notarial de Bogotá, pues a ella, según lo determinó el juez laboral, tiene derecho el señor Negret Mosquera.

De otra parte, el estudio de los actos por medio de los cuales se designó no solo al Notario 16, sino también al 28, es indispensable en tanto, si se concluye que una de dichas plazas, y no la 76, es la primera vacante del círculo notarial de Bogotá, sería necesario excluir del ordenamiento jurídico los actos de correspondan, pues solo así sería viable el restablecimiento del derecho del demandante, que fue reconocido por la Sección Segunda de esta Corporación, consistente en la orden de nombramiento en la primera vacante.

Es decir, de concluirse que la primera vacante es la Notaría 28 o la 16 habría que expulsar del ordenamiento la designación de quien la ostente sin mejor derecho que el demandante, justamente para restablecer el derecho de este.

Ello no requiere, contrario a lo que opina el recurrente, que se tenga que anular la designación del actor en la Notaría 76. Así las cosas, claramente puede escindirse el estudio de las

pretensiones de nulidad en la forma en que lo dispuso el auto admisorio de la demanda.

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

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

Actor: César Negret Mosquera

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Nulidad y restablecimiento del derecho - Auto

Se pronuncia el Despacho sobre i) la solicitud de nulidad y ii) el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, formulados por el apoderado judicial de Gustavo Eduardo Vergara Wiesner-Notario 16 de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Sobre la solicitud de nulidad

1.1. Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección el 31 de agosto de 2015<sup>1</sup>, el apoderado judicial del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner-Notario 16 de Bogotá, solicitó “anular lo actuado desde la notificación personal al demandado Eduardo Vergara Wiesner”.

1.2. Por auto de 22 de septiembre de 2015, el Despacho dispuso correr traslado de la solicitud, por el término de tres días<sup>2</sup>.

1.3. El 23 de septiembre de 2015, el apoderado del señor Vergara Wiesner presentó escrito con el fin de desistir del incidente de nulidad propuesto, con fundamento en el artículo 316 del CGP, en razón a que su prohijado se notificó personalmente del auto admisorio y se está dando trámite al recurso de reposición que interpuso. Por ello consideró que “la irregularidad que motivó la petición fue saneada y el derecho al debido proceso de mi representado no ha sido afectado”<sup>3</sup>.

#### 2. Sobre el recurso de reposición

2.1. Por auto de 19 de agosto de 2015, el Despacho resolvió sobre la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

“**Primero. Rechazar** la demanda instaurada a través de apoderado judicial por César Negret Mosquera, respecto

de las siguientes pretensiones:

**a. Nulidad del Decreto 861 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor César Negret Mosquera como Notario 76 del Círculo de Bogotá.

**b. Nulidad del acto administrativo mediante el cual se confirmó el nombramiento** del señor César Negret Mosquera, como Notario 76 del Círculo de Bogotá –Resolución 5788 de 27 de mayo de 2015–.

**Segundo. Admitir** la demanda únicamente respecto de las siguientes pretensiones:

#### A. Principales

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial (CSCN), mediante la cual se afirmó que la “primera vacante” del Círculo Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. Nulidad de la **Certificación del 14 de abril de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner debía ser nombrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 862 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República a) expida un nuevo decreto en el cual se nombre al señor César Negret en la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá y b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

#### B. Subsidiarias

1. Nulidad de la **Certificación del 4 de febrero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial - CSCN, mediante la cual

1 Folios 156-157.

2 Folios 250-251.

3 Folio 268.

se afirmó que la “primera vacante” del Circuito Notarial de Bogotá, era la Notaría 76, razón por la cual debía nombrarse al concursante César Negret Mosquera en esa Notaría.

2. **Certificación del 15 de enero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 del Circuito de Bogotá.

3. Nulidad del **Decreto 125 de 21 de enero de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad a Fernando Téllez Lombana, como Notario 28 del Circuito de Bogotá.

4. Nulidad de la **Resolución 2063 de 24 de febrero de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento de Fernando Téllez Lombana como Notario 28 del Circuito Notarial de Bogotá.

5. A título de restablecimiento del derecho, que el Presidente de la República: a) expida un nuevo decreto en el cual se designe al concursante César Negret Mosquera como notario de carrera en la Notaría 28 del Circuito Notarial de Bogotá y; b) reconozca la antigüedad en la carrera notarial del concursante César Negret Mosquera, desde el mismo día en que quedó en firme la lista de elegibles, esto es, desde el 3 de febrero de 2009 y hasta la actualidad.

**Tercero. Abstenerse** de darle trámite a la solicitud de suspensión provisional respecto del Decreto 861 de 2015 y del acto que confirmó dicho nombramiento, por las razones expuestas en la parte motiva. (...)”

2.2. El apoderado del señor Vergara Wiesner interpuso recurso de reposición contra el referido auto con el fin de que la demanda se rechace en relación con todas sus pretensiones.

Al efecto, sostuvo que si bien en el auto referido se rechazó la demanda respecto de los decretos que disponen el nombramiento del demandante y su confirmación porque son actos de cumplimiento de una sentencia judicial, cuyo juzgamiento está vedado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se admitieron las pretensiones dirigidas a obtener la anulación de los actos de nombramiento y confirmación del Notario 16, sin tener en cuenta que son pretensiones conexas a la anterior y tienen exactamente el mismo propósito.

Explicó que, en la medida en que el actor estima que debió ser nombrado en la Notaría 16, pide la anulación de los decretos mediante los cuales se proveyó dicha vacante, en tanto considera que con ellos se desconoció la decisión del Consejo de Estado, o no se le ha dado adecuado cumplimiento.

Afirmó que la demanda no fue interpretada, puesto que no tiene ningún sentido adelantar un proceso en el cual no se juzgará la pretensión principal que es la del nombramiento del demandante en la Notaría 76, puesto que si ese acto no se va a juzgar, y por tanto no puede ser anulado, no tiene propósito ni fundamento anular el nombramiento del Notario 16.

Finalmente, insistió en la falta de interpretación de la demanda, puesto que luego de rechazarse las pretensiones dirigidas al cumplimiento de la sentencia en las que se nombró al actor como Notario 76, se admite la pretensión dirigida a anular la certificación del 4 de febrero de 2015, en la que se señala que la primera vacante es la Notaría 76, siendo que ese acto está dirigido exactamente a lo mismo, así en sus consideraciones no se mencione la sentencia del Consejo de Estado.

2.3. Mediante aviso fijado en la Secretaría de la Sección el día 11 de septiembre de 2015, se hizo saber a las partes y demás interesados que en el presente proceso se interpuso recurso de reposición contra el auto de 19 de agosto de 2015<sup>4</sup>. Asimismo, el memorial estuvo a disposición por el término de 3 días a partir del 14 de septiembre del mismo año<sup>5</sup>.

2.4. Según constancia secretarial, durante el término de traslado, no hubo manifestación alguna referente al recurso de reposición interpuesto<sup>6</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Sobre la solicitud de nulidad

En el presente caso, el solicitante de aquella desistió expresamente de la petición, lo que da lugar a que sea aceptada por el Ponente.

No obstante lo anterior, es importante precisar que en el presente asunto no se configuró la causal de nulidad alegada.

En efecto, el auto admisorio de la demanda dispuso la notificación personal del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner, por tener interés directo en el resultado del proceso (Art. 171.3 CPACA).

Ahora bien, en cuanto a las notificaciones debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA<sup>7</sup> cuyo tenor literal es el que sigue:

**“Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el Registro Mercantil.**

<sup>4</sup> Folio 217.

<sup>5</sup> Folio 218.

<sup>6</sup> Folio 249.

<sup>7</sup> Según el artículo 196 del CPACA, las providencias se notificarán a las partes y demás interesados con las formalidades prescritas en dicho código y en lo no previsto, se atenderá el CPC hoy CGP.

<Artículo modificado por del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda.

Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente. (...)."

Como puede observarse, el primer inciso dispone que a las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado, la notificación del auto admisorio de la demanda se surte a través del **correo electrónico**, la cual, por mandato del artículo 197, se entiende como **personal**.

En el presente caso, la **notificación personal** del señor Vergara Wiesner se efectuó al correo de la Notaría 16 en tanto, i) los notarios se consideran particulares en ejercicio de la "función fedante" que es propia del Estado y, ii) su vinculación al proceso obedece a que, precisamente, ejerce como titular de dicha notaría.

En ese orden, la notificación realizada al buzón electrónico de la Notaría 16 se realizó en debida forma, sin que existiera el vicio alegado.

### 3. Sobre el recurso de reposición

Como se expuso en el acápite de antecedentes, la inconformidad del recurrente consiste, básicamente, en que no debieron admitirse las pretensiones del actor respecto de los actos de designación del Notario 16, al haberse rechazado aquellas formuladas respecto de los que lo designaron Notario 76 de Bogotá, en razón a que unas y otras son inescindibles.

El Despacho no repondrá la decisión cuestionada por las razones que a continuación se exponen:

En el auto admisorio de la demanda, el Despacho rechazó las pretensiones de nulidad del Decreto 861 de 2015 y del acto que confirmó el nombramiento de César Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá, en razón a que corresponden a actos de mero cumplimiento de una sentencia judicial y, por tanto, excluidos del control judicial.

Ahora bien, sí se admitió la demanda respecto de la certificación de 4 de febrero de 2015, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, en la cual se afirmó que la primera vacante en el círculo notarial de Bogotá, fue la Notaría 76.

Es claro entonces, que la certificación determinó cuál era la primera vacante y en consecuencia, se impone estudiar si respecto de ella se configuran las causales de nulidad que se le endilgan, puesto que el objeto del presente proceso, consiste en establecer cuál es la primera vacante del círculo notarial de Bogotá, pues a ella, según lo determinó el juez laboral, tiene derecho el señor Negret Mosquera.

De otra parte, el estudio de los actos por medio de los cuales se designó no solo al Notario 16, sino también al 28, es indispensable en tanto, si se concluye que una de dichas plazas, y no la 76, es la primera vacante del círculo notarial de Bogotá, sería necesario excluir del ordenamiento jurídico los actos de correspondan, pues solo así sería viable el restablecimiento del derecho del demandante, que fue reconocido por la Sección Segunda de esta Corporación, consistente en la orden de nombramiento en la primera vacante.

Es decir, de concluirse que la primera vacante es la Notaría 28 o la 16 habría que expulsar del ordenamiento la designación de quien la ostente sin mejor derecho que el demandante, justamente para restablecer el derecho de este. Ello no requiere, contrario a lo que opina el recurrente, que se tenga que anular la designación del actor en la Notaría 76.

Es pertinente recordar, que en auto de 26 de agosto de 2015 que ordenó el traslado de la medida cautelar solicitada por el demandante, el Despacho precisó que:

"La eventual posesión del señor Negret Mosquera como Notario 76 de Bogotá no implica, en modo alguno, que se acepte o avale que dicha plaza corresponde a la primera vacante que se produjo en ese Círculo, con posterioridad a la ejecutoria del fallo dictado el 20 de marzo de 2014, por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, que ordenó el nombramiento del demandante.

Es decir, si el señor Negret Mosquera toma posesión de la Notaría 76 no estaría renunciando, de ninguna manera, a reclamar el derecho que cree que le asiste de ser nombrado en la que considera fue la primera vacante, es decir, la Notaría 16 o 28 de Bogotá.

Precisamente, al excluirse del estudio el decreto que lo nombró en dicha plaza y el acto de confirmación,

por ser actos de mera ejecución, el objeto del presente proceso consistirá en determinar cuál fue la primera vacante, y de llegar a probarse que no fue la Notaría 76, sino la 16 o 28, se ordenará el restablecimiento consistente en la orden de nombramiento en la que corresponda, caso en el cual, el señor Negret, pasaría de la Notaría 76 –si toma posesión de ella–, a la que en realidad sea la primera vacante”.

Así las cosas, claramente puede escindirse el estudio de las pretensiones de nulidad en la forma en que lo dispuso el auto admisorio de la demanda.

Por lo expuesto, se

### III. RESUELVE

**Primero. Aceptar** el desistimiento de la solicitud de nulidad presentada por el apoderado judicial del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner.

**Segundo. Negar** el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner.

**Tercero. Remitir** el cuaderno principal del expediente, una vez ejecutoriado el presente auto, al Despacho de la Consejera doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, con el fin de que se surta el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Medida cautelar de urgencia/MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA - No es posible conceder una medida cautelar respecto de una situación que no ha sido demostrada**

(...) de las consideraciones del juez laboral, de la cronología expuesta que corresponde a lo efectivamente probado en el proceso, se impone concluir que en el presente asunto, si bien no cabe duda de que al señor Negret Mosquera le asiste el derecho a ingresar a la carrera notarial, no existe certeza de cuál es la primera vacante.

En efecto, en el proceso solo se demostró la situación de las Notarías 16, 28 y 76 de Bogotá, en relación con el cumplimiento de la edad de retiro forzado de sus titulares, empero, no existe prueba de otras situaciones que hayan podido generar la vacancia en las demás notarías de dicho círculo.

En otras palabras, con posterioridad a la sentencia del juez laboral, hasta la fecha, se han podido producir vacancias (por edad de retiro, muerte, incapacidad, orden judicial etc.), sin que de ello se tenga noticia en el expediente, estando vedado al juez de la medida cautelar suplir la deficiencia probatoria del solicitante, a quien le corresponde aportar el acervo probatorio suficiente al efecto. No puede entonces afirmarse que esté demostrado que la Notaría 16 o la 28 sea la primera vacante en los términos ordenados por el juez laboral.

En consecuencia, no es posible conceder una medida cautelar respecto de una situación que hasta este momento procesal, no ha sido demostrada por el actor, quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, sin acreditar en qué notaría debe ser designado.

Por ejemplo, echa de menos el Despacho una prueba documental en el que la autoridad competente certifique cronológicamente la ocurrencia de hechos constitutivos de vacancia, que permita tener el panorama completo y detallado de las notarías del Círculo de Bogotá.

Es decir, no se cuenta actualmente con un medio de convicción, cualquiera que sea, que evidencie las situaciones fácticas acacidas desde la vigencia de la lista de elegibles en la que debió incluirse al demandante hasta la fecha, de manera que pueda saberse con certeza cuál es la primera vacante, en los términos de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda de esta Corporación. De acuerdo con lo expuesto, para el Despacho es claro que (i) el señor César Negret Mosquera tiene derecho a ingresar en propiedad a la carrera notarial, pues así lo evidenció un fallo de esta Corporación, que reconoció que el concursante debió ocupar un lugar privilegiado en la lista de elegibles; (ii) su derecho debió concretarse con un nombramiento en la primera vacante que “tan pronto exista en el círculo notarial de Bogotá”, (iii) en este estado del proceso no existe certeza de cuál es esa primera vacante.

El anterior panorama impone al Despacho negar las medidas cautelares solicitadas.

Fuente formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 234

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil quince (2015)

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

Actor: César Negret Mosquera

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Una vez el Despacho se pronunció sobre la solicitud de nulidad y del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda que propuso el apoderado judicial del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner, Notario 16 de Bogotá, procede a decidir sobre la medida cautelar solicitada.

**I. ANTECEDENTES**

1. Por auto de 19 de agosto de 2015, el Despacho resolvió sobre la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Mediante memorial radicado en la Secretaría de esta Sección el 24 de agosto del presente año la parte demandante pidió como **medida cautelar de urgencia**, regulada en el artículo 234 del CPACA, lo siguiente:

2.1. La **suspensión provisional** de los actos administrativos demandados que fueron admitidos:

De manera principal:

- **Certificación del 14 de abril de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que el Señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner debía ser nombrado en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá.
- **Decreto 862 de 29 de abril de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad al señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo de Bogotá.
- **Resolución 5790 de 27 de mayo de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento del señor Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 del Círculo Notarial de Bogotá.

Y subsidiariamente:

- **Certificación del 15 de enero de 2015**, suscrita por el Secretario Técnico del CSCN, mediante la cual se concluyó que Fernando Téllez Lombana debía ser nombrado en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá.
- **Decreto 125 de 21 de enero de 2015**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho, por medio del cual se nombró en propiedad a Fernando Téllez Lombana, como Notario 28 del Círculo de Bogotá.
- **Resolución 2063 de 24 de febrero de 2015**, suscrita por el señor Superintendente de Notariado y Registro, mediante la cual se confirmó el nombramiento de Fernando Téllez Lombana como Notario 28 del Círculo Notarial de Bogotá.

2.2. Igualmente solicitó el **restablecimiento del derecho transitorio**, en virtud a que la medida de suspensión provisional no resulta suficiente para garantizar el objeto del proceso, que no es otro que la protección de los derechos de la parte actora.

3. Por auto de 26 de agosto de 2015 el Despacho Ponente resolvió:

“**Primero. Abstenerse** de tramitar la solicitud de suspensión provisional de urgencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo. Comuníquese** al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; al Ministro de la Justicia y el Derecho; al Superintendente de Notariado y Registro; y al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro –demandados– y, los terceros interesados Gustavo Eduardo Vergara Wiesner –Notario 16– y Fernando Téllez Lombana –Notario 28– la solicitud de medida cautelar.

**Tercero. Concédase** el término de cinco (5) días a fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida”.

4. En cumplimiento de lo anterior, la solicitud de suspensión provisional se comunicó al buzón para notificaciones judiciales de las entidades referidas, enviándoles copia de la demanda con el anexo, de la solicitud de suspensión provisional y del auto en mención. Igualmente se libraron oficios a las mismas entidades, enviándoles en medio físico, copia de los mismos documentos<sup>1</sup>.

5. Pronunciamientos sobre la medida cautelar:

### 5.1. Ministerio de Justicia y el Derecho<sup>2</sup>

A través de apoderada judicial, dicha Cartera solicitó se niegue la medida cautelar solicitada, por considerar que es “improcedente a la luz de un juicio elemental de confrontación entre los actos demandados y las normas superiores invocadas como violadas”.

Sostuvo que la orden judicial emitida dentro del proceso 25000232500020090025901 fue clara en disponer que el nombramiento se debía efectuar en la primera vacante existente en el Círculo Notarial de Bogotá, pero no indicó que el nombramiento se hiciera en una notaría de preferencia del actor. Además, al momento de la ejecutoria de la sentencia, la Notaría 16 no se encontraba vacante.

Afirmó que el Gobierno nacional ha respetado el derecho que le asistía al señor Negret Mosquera, como consecuencia de la orden judicial, al designarlo como Notario 76 en razón a que fue la primera vacante. Habiéndose presentado dos vacantes, Notarías 76 y 28, al demandante se lo nombró en la primera de ellas, como quiera que el decreto que retiró del servicio al Notario 76 (Decreto 2627 de 17 de diciembre de 2014) aunque fue expedido el mismo día que el decreto que retiró al Notario 28 (Decreto 2632 de 17 de diciembre de 2014), y publicado en el mismo *Diario Oficial* (49368), “para todos los efectos legales debe entenderse como primera vacante en razón a que no hay norma aplicable que obligue, señale y/o reglamente que el orden de retiro de los notarios deba atender la fecha de cumplimiento de la edad de retiro forzoso en estricto orden cronológico”.

Explicó que la expedición de los Decretos 125 y 862 de 2015, se efectuó en aplicación del derecho de preferencia regulado en el numeral 3º del artículo 178 del Decreto 960 de 1970, el cual fue reglamentado mediante Decreto 2054 de 16 de octubre de 2014. Por tanto, teniendo en cuenta la procedencia del derecho de preferencia cuando se genera vacancia (art. 4º del Decreto 2054 de 2014), no cabe duda que el Gobierno nacional se ciñó de manera estricta a dicha normativa, al expedir los decretos por medio de los cuales se nombró a Fernando Téllez Lombana como Notario 28 y a Gustavo Eduardo Vergara Wiesner como Notario 16 de Bogotá.

### 5.2. Fernando Téllez Lombana<sup>3</sup>

Actuando en nombre propio, el Notario 28 del Círculo de Bogotá solicitó se niegue “de plano” la medida cautelar, al efecto dijo que:

El señor Negret Mosquera no debe ser nombrado en la Notaría 76, ni en la 16 ni en la 28, puesto que la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá es la 66, con fundamento en el fallo de dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, expediente 2013-00050-00, demandante: Juan Francisco Forero

1 Según informe secretarial visto a folio 258 del Cuaderno de Medidas Cautelares-Cuad.MC.

2 Folios 162-169 Cuad.MC.

3 Folios 178-193 Cuad.MC.

Gómez, demandado: Luis Fernando Castellanos Nieto, la cual a la fecha sigue vacante y no ha sido provista en propiedad.

En cuanto al reconocimiento de la antigüedad en la carrera notarial que reclama el señor Negret, sostuvo que no es notario en propiedad y por ende no ha ingresado a la carrera, en consecuencia, no puede hacer uso de los derechos y deberes de los que la ley le confiere a quienes están inscritos en aquella.

Adujo que no es posible desconocer los derechos de los notarios en propiedad y en carrera que tienen un derecho adquirido, no solo por estar inscritos en carrera sino por haber obtenido mejor puntaje que el señor Negret Mosquera. Dijo que su puntaje fue 86 y ocupó el 8º puesto.

Sostuvo que hay cosa juzgada material y formal respecto de la pretensión de reconocimiento de antigüedad en la carrera notarial del señor Negret Mosquera, conforme al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 13 de septiembre de 2012 y al fallo de revisión (sic) del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.

Explicó que un notario en propiedad que ingresa a la carrera notarial por concurso de méritos, puede solicitar con base en numeral 3 del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 y dentro de la misma circunscripción político-administrativa, otra notaría de la misma categoría que esté vacante, para lo cual se estableció el procedimiento en el Decreto 2054 de 2014. En ese orden, la expedición del Decreto 125 de 2015 se fundamentó en el ejercicio de los derechos de carrera de un notario en propiedad y en carrera que se somete al debido proceso.

Afirmó que por ser notario en propiedad –Decreto 3403 de 9 de septiembre de 2008, confirmado por Resolución 7316 de 14 de octubre de 2008 y posesionado el 22 de octubre de 2008– y en carrera –Decreto 1855 de 29 de agosto de 2013, confirmado por Resolución 9434 de 5 de septiembre de 2013 y posesionado el 6 de septiembre de 2013–, hizo uso de sus derechos y en ejercicio del derecho de preferencia solicitó la Notaría 28, la cual se encontraba vacante conforme el Decreto 2632 de 17 de diciembre de 2014, y seguidas las normas del debido proceso fue nombrado en ella.

Indicó que el demandante no es titular de los derechos que ostentan los notarios de carrera, y que tampoco ha demostrado derechos sobre la Notaría 28. De los documentos aportados por el actor no se advierte titularidad sobre la notaría 16 ni la 28.

Por último debe precisarse que el escrito allegado el 11 de septiembre de 2015 por el señor Téllez Lombana es extemporáneo, si se tiene en cuenta que la notificación al correo electrónico se hizo el 3 de septiembre y los cinco días vencieron el 10.

### 5.3. Gustavo Eduardo Vergara Wiesner<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Folios 203-208 Cuad.MC.

El titular de la Notaría 16 de Bogotá, actuando a través de apoderado judicial, se opuso a la solicitud de suspensión provisional de los actos por los cuales se le designó en dicha plaza.

Sostuvo que el demandante no señaló en su petición que los actos anteriores fuesen violatorios de alguna disposición legal, es decir, no indicó cuáles eran las normas superiores que ellos desconocían.

En la demanda y en la petición de la medida previa se expresan las razones por las cuales el demandante estima que los actos que lo designaron Notario 76 violan lo dispuesto en un fallo judicial, y la anulación del nombramiento del Notario 16 se solicita solo como una medida necesaria en el evento en que se anule su nombramiento y se resuelva que él debió ser nombrado en dicha notaría. Sin embargo, olvida el demandante que lo anterior no es posible porque la demanda fue rechazada en relación con los actos de su designación como Notario 76.

Respecto a los demás fundamentos de la petición de medida cautelar, afirmó que no son procedentes en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que lo único que permite la suspensión provisional, es la demostración de la ilegalidad del acto objeto de la misma.

El demandante pretende reabrir una discusión que fue cerrada en un proceso que terminó con sentencia ejecutoriada, precisamente esa es la razón del rechazo parcial de la demanda, el cual debió ser integral.

Por otra parte, indicó que las medidas cautelares son evidentemente irracionales y absolutamente desproporcionadas. No tiene lógica que el actor, designado en la Notaría 76, quien no ha querido posesionarse alegando enfermedad, le pida al Consejo de Estado que suspenda el nombramiento del Notario 16, desconociendo flagrantemente sus derechos, máxime cuando no se señala en la demanda ningún motivo jurídico para concluir que esa designación viola la ley.

Finalmente, alegó que el actor afirmó en uno de los hechos de la demanda que la Notaría 16 no estaba vacante para el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia en la cual se ordenó su nombramiento, entonces, ¿cómo pretende que se suspenda provisionalmente el nombramiento del señor Vergara en la Notaría 16?

### 5.4. Superintendencia de Notariado y Registro<sup>5</sup>

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, solicitó que no se acceda a la solicitud de medida cautelar solicitada, puesto que no se advierte que exista un perjuicio irremediable que imposibilite que el señor Negret no pueda esperar las resultas del proceso, en razón a que su posesión como Notario 76 no implica que esté renunciando a reclamar la que considera la primera notaría vacante de Bogotá.

<sup>5</sup> Folios 209-229 Cuad.MC.

Sostuvo que tampoco se evidencia en forma ostensible razón alguna que dé lugar a decretar la medida, ya que, con la suspensión solicitada, se generaría la afectación de los Notarios 16 y 28 de Bogotá por haber ejercido el derecho de preferencia y, además, los derechos de las personas que actualmente fungen como notarios interinos, quienes solo pueden ser removidos por un notario de carrera y fueron nombrados en las vacantes dejadas por los señores Téllez Lombana y Vergara Wiesner, al ocupar las Notarías 16 y 28.

Seguidamente, refirió una sentencia de la Sección Tercera de 13 de diciembre de 2001, según la cual “...solo son susceptibles de tal medida los actos administrativos que incurran en una manifiesta, ostensible y directa violación de la norma o normas superiores que le sirven de fundamento...” y concluyó que los actos administrativos objeto de la medida cautelar se encuentran fundados en derecho pues el derecho de preferencia establecido en el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, el Decreto Reglamentario 2025 de 2014 y el Acuerdo 03 de 2014 del CSCN, se entiende como la facultad que tienen los notarios de carrera de ocupar otra Notaría que se encuentre vacante, siempre que sea de la misma categoría y en la misma circunscripción político administrativa.

De otra parte explicó que, contrario a lo manifestado por el demandante, el Secretario Técnico estaba facultado para adelantar el respectivo procedimiento, razón por la cual no sería procedente decretar la suspensión de las certificaciones de 15 de enero y 14 de abril de 2015. Asimismo, los Decretos 862 y 125 de 2015 fueron expedidos por la autoridad competente, pues según el artículo 5º de Decreto 2163 de 1970 Gobierno nacional es el nominador de los notarios de 1ª categoría y las Notarías 16 y 28 lo son.

#### 5.5. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República<sup>6</sup>

Mediante apoderado judicial, se pronunció sobre la solicitud de medida cautelar el día 10 de septiembre de 2015, para oponerse a ella, por considerar que los actos administrativos cuya suspensión se pidió, fueron expedidos con el lleno de los requisitos legales.

Adujo que la orden impartida por el Consejo de Estado fue cumplida a satisfacción, porque lo ordenado fue que el accionante fuera nombrado en la *primera notaría vacante de Bogotá*, sin más condicionamientos, lo que ocurrió cuando quedó sin titular la Notaría 76, luego de una serie de movimientos administrativos de común ocurrencia en el marco de la carrera notarial, a la cual pertenecen los notarios Gustavo Eduardo Vergara Wiesner y Fernando Téllez Lombana, y a la cual no ha ingresado el señor Negret Mosquera, en tanto no ha tomado posesión de un cargo de notario de carrera, en propiedad.

De otra parte, sostuvo que el argumento del actor según el cual, ha debido respetarse la preferencia no es de recibo, porque si bien es cierto que en el marco de ese concurso cada uno de los

aspirantes tuvo oportunidad de señalar un orden de preferencia de las notarías disponibles, el hecho de que ese aspirante limitara su elección a una sola de ellas, 75 en el caso de Bogotá, no podía entenderse como una *renuncia tácita* a las que no fueran incluidas en esa lista de predilecciones. De aceptarse esa tesis, bastaría con imaginar el caso de un aspirante que no hubiera señalado preferencia alguna pero hubiera obtenido el mejor puntaje, en ese evento no podría considerarse no tiene derecho a ser nombrado por no haber señalado una preferencia, porque ni la ley, ni las reglas del concurso, ni el sentido común lo previeron así.

En ese orden de ideas, la preferencia solo puede entenderse como un beneficio adicional para quienes obtengan los mejores puntajes, pero no como una renuncia tácita a las demás notarías vacantes.

Se opuso además a la “conspiración” que el demandante asegura se orquestó con el fin de nombrarlo en la Notaría 76, mediante la actuación secretarial cumplida en la Presidencia de la República con la numeración de unos decretos. Por ello tendrá el actor que demostrar la ocurrencia de la pretendida irregularidad.

Finalmente, respecto al caso del señor Téllez Lombana, alegó que la acción contra el Decreto 125 de 2015 también está caducada, pues se impetró pasados los 4 meses de su nombramiento, confirmación y posesión, lo cual sumado al hecho de que su pertenencia a la carrera notarial se deriva de un concurso diferente, hacen que la acción contenciosa no pueda prosperar.

6. Por escrito radicado en la Secretaría de esta Sección, el apoderado del demandante, se pronunció respecto de las oposiciones realizadas por los sujetos que integran la parte demandante y los terceros con interés.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

De conformidad con el artículo 239 del CPACA, corresponde al Magistrado Ponente pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, con el fin de determinar la procedencia de la misma, con el fin de proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia<sup>7</sup>.

### 2. Caso concreto

Para mayor comprensión de los hechos que motivaron la solicitud de medida cautelar, a continuación se hace un recuento cronológico de ellos:

<sup>7</sup> Artículo 239: Procedencia de la suspensión. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

<sup>6</sup> Folios 203-238 Cuad. MC.

Fecha	Hecho
21 de diciembre de 2013	Pablo Cruz titular de la Notaría 28, cumplió 65 años <sup>8</sup>
24 de julio de 2014	Willy Valek Mora titular de la Notaría 76, cumplió 65 años <sup>9</sup>
14 de agosto de 2014	Ejecutoria del fallo de 20 de marzo de 2014 dictado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 25000232500020090025901 promovido por César Negret Mosquera <sup>10</sup>
21 de noviembre de 2014	Ejecutoria del fallo de 23 de octubre de 2014 dictado dentro del proceso de nulidad electoral 250002341000201302805-02 contra Luis Fernando Castellanos Notario 66 <sup>11</sup>
17 de diciembre de 2014	Se expide el Decreto 2627 por el cual se retiró al Notario 76 Willy Valek Mora <sup>12</sup>
17 de diciembre de 2014	Se expide el Decreto 2632 por el cual se retiró al Notario 28 Pablo Cruz <sup>13</sup>
24 de diciembre de 2014	Beatriz Vargas titular de la Notaría 16, cumplió 65 años <sup>14</sup>
21 de enero de 2015	Se expide el Decreto 125 por el cual se nombra a Fernando Téllez Lombana como Notario 28 <sup>15</sup>
24 de febrero de 2015	Por resolución 2063 se confirma el nombramiento de Fernando Téllez Lombana como Notario 28 <sup>16</sup>
13 de marzo de 2015	Se expide el Decreto 434 por el cual se retiró a la Notaria 16 Beatriz Vargas <sup>17</sup>
29 de abril de 2015	Se expide el Decreto 861 por el cual se nombra a César Negret como Notario 76 <sup>18</sup>
29 de abril de 2015	Se expide el Decreto 862 por el cual se nombra a Gustavo Vergara como Notario 16 <sup>19</sup>
27 de mayo de 2015	Por Resolución 5788 se confirma el nombramiento de César Negret como Notario 76 <sup>20</sup>
27 de mayo de 2015	Por Resolución 5790 se confirma el nombramiento de Gustavo Vergara como Notario 16 <sup>21</sup>

Para establecer la procedencia de la medida cautelar, debe recordarse lo dispuesto en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 25000232500020090025901 promovido por César Negret Mosquera.

Mediante sentencia de 20 de marzo de 2014 la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado<sup>22</sup>, resolvió confirmar la sentencia de 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor César Negret Mosquera contra la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia, Consejo Superior de la Carrera Notarial, con la aclaración de que la nulidad de los efectos del Acuerdo No. 178 de 3 de febrero de 2009, es única y exclusivamente respecto de la situación particular del señor César Negret Mosquera.

En primera instancia, el Tribunal<sup>23</sup> declaró la nulidad parcial del Acuerdo 178 de 3 de febrero de 2009, proferido por el CSCN, en relación a la calificación asignada a César Negret Mosquera, por cuanto calificó equivocadamente la prueba de conocimientos y, en consecuencia, computó erróneamente la calificación.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó al CSCN, tener como puntaje total del concursante César Negret Mosquera, el guarismo de 84.2354667 puntos. En consecuencia, ordenó al CSCN remitir su nombre al Gobierno nacional para nombramiento como notario en propiedad tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá.

Por su parte la Sección Segunda consideró “Como en el puesto 22 de la lista de elegibles aparece el señor José Miguel Rojas Crislancho con una puntuación de 84,1833333, y como el actor obtuvo una calificación total de 84,2354667, el *a-quo* lo posicionó en el puesto 22.

En este contexto, y habiéndose convocado a concurso para proveer más de 70 plazas en el Círculo Notarial de Bogotá, al señor César Negret Mosquera, **le asiste el derecho a ser nombrado en una plaza del mencionado círculo, atendiendo a la puntuación obtenida que lo ubica en un lugar preferencial dentro de la lista de elegibles.**

Por las razones expuestas, es evidente que el acto cuestionado fue expedido con falsa motivación por error de hecho, teniendo en cuenta que se demostró que la calificación otorgada al actor en la prueba escrita era superior a la establecida por la entidad demandada, y además se acreditó

8 Según la parte considerativa del Decreto 2632 de 2014. Folio 392.

9 Según la parte considerativa del Decreto 2627 de 2014. Folio 389.

10 Según se puede consultar en la página del Consejo de Estado.

11 Según se puede consultar en la página del Consejo de Estado.

12 Folios 389-390.

13 Folios 392-393.

14 Según la parte considerativa del Decreto 434 de 2015. Folio 395.

15 Folios 385-387.

16 Folios 401-403.

17 Folios 395-396.

18 Folios 381-383.

19 Folios 376-379.

20 Folios 89-92.

21 Folios 404-406.

22 Folios 91-144.

23 Folios 58-89.

que 3 de las preguntas no tenían respuesta válida.

(...)

En estas condiciones, para la Sala la lista de elegibles contenida en el Acuerdo No. 142 de 9 de junio de 2008<sup>24</sup>, modificado por el 178 de 2009, generó derechos adquiridos respecto de aquellos que hacen parte de la lista, sin que sea posible desconocer las garantías propias de quienes tienen una protección legal a ser designados en alguna de las 76 plazas de vacantes convocadas mediante Acuerdo No. 01 de 2006.

Acorde con lo anterior, **comparte la Sala la ordenada por el a-quo, en el sentido que se debe realizar la designación del señor César Negret Mosquera tan pronto exista la primera vacante en el Círculo Notarial de Bogotá**, sin que dicha decisión afecte a ninguna de las personas de la lista de elegibles y mucho menos sus correspondientes nombramientos, pues si bien en consideraciones precedentes se hace referencia a que el actor ocuparía el puesto 22 de la lista, ello obedece a un lugar acorde con la calificación arrojada en la prueba pericial, sin que se esté ordenando la modificación de la lista de elegibles que ya se encuentra agotada, solo se hace para efectos de generar un derecho en cabeza del actor y que **lo hace acreedor a su designación, en los términos ordenados en el a quo, esto es en la primera plaza vacante del Círculo Notarial de Bogotá**". (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, de las anteriores consideraciones del juez laboral, de la cronología expuesta que corresponde a lo efectivamente probado en el proceso, se impone concluir que en el presente asunto, si bien no cabe duda de que al señor Negret Mosquera le asiste el derecho a ingresar a la carrera notarial, no existe certeza de cuál es la primera vacante.

En efecto, en el proceso solo se demostró la situación de las Notarías 16, 28 y 76 de Bogotá, en relación con el cumplimiento de la edad de retiro forzoso de sus titulares, empero, no existe prueba de otras situaciones que hayan podido generar la vacancia en las demás notarías de dicho círculo.

En otras palabras, con posterioridad a la sentencia del juez laboral, hasta la fecha, se han podido producir vacancias (por edad de retiro, muerte, incapacidad, orden judicial etc.), sin que de ello se tenga noticia en el expediente, estando vedado

al juez de la medida cautelar suplir la deficiencia probatoria del solicitante, a quien le corresponde aportar el acervo probatorio suficiente al efecto.

No puede entonces afirmarse que esté demostrado que la Notaría 16 o la 28 sea la primera vacante en los términos ordenados por el juez laboral. En consecuencia, no es posible conceder una medida cautelar respecto de una situación que hasta este momento procesal, no ha sido demostrada por el actor, quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, sin acreditar en qué notaría debe ser designado.

Por ejemplo, echa de menos el Despacho una prueba documental en el que la autoridad competente certifique cronológicamente la ocurrencia de hechos constitutivos de vacancia, que permita tener el panorama completo y detallado de las notarías del Círculo de Bogotá. Es decir, no se cuenta actualmente con un medio de convicción, cualquiera que sea, que evidencie las situaciones fácticas acaecidas desde la vigencia de la lista de elegibles en la que debió incluirse al demandante hasta la fecha, de manera que pueda saberse con certeza cuál es la primera vacante, en los términos de las sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda de esta Corporación.

De acuerdo con lo expuesto, para el Despacho es claro que (i) el señor César Negret Mosquera tiene derecho a ingresar en propiedad a la carrera notarial, pues así lo evidenció un fallo de esta Corporación, que reconoció que el concursante debió ocupar un lugar privilegiado en la lista de elegibles; (ii) su derecho debió concretarse con un nombramiento en la primera vacante que *"tan pronto exista en el círculo notarial de Bogotá"*, (iii) en este estado del proceso no existe certeza de cuál es esa primera vacante.

El anterior panorama impone al Despacho negar las medidas cautelares solicitadas.

Por lo expuesto, el Consejero Ponente

### III. RESUELVE

**Primero:** Negar las medidas cautelares solicitadas por el demandante.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>24</sup> Publicado en el *Diario Oficial* No. 47016 del 10 de junio de 2008.

## PÉRDIDA DEL CARGO - AUTOS

### RECURSO DE REPOSICIÓN - Contra auto que volvió el presente proceso escritural y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión

El sujeto procesal que pretenda reponer la decisión contenida en un auto de sustanciación, contra el que no procede el recurso de apelación, súplica o queja, cuenta para su interposición con el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la notificación de dicha providencia.

En el caso bajo examen, el auto de 26 de mayo de 2015 fue notificado por estado del 28 de mayo del mismo año y el recurso fue interpuesto el 2 de junio de 2015, es decir, el último día hábil que se tenía para hacerlo a tiempo, conforme a la ley.

Ahora bien, una vez superado lo relativo a la oportunidad en que se interpuso el recurso, se analizarán los argumentos expuestos por el apoderado del demandado para controvertir el auto de 26 de mayo de 2015.

En efecto, el apoderado del demandado aludió que “previo a correrse traslado para alegar de conclusión” debió resolverse la solicitud de suspensión del presente proceso por prejudicialidad, de conformidad con las previsiones del artículo 162 del C. G. P.

De acuerdo con lo anterior, los argumentos expuestos por el recurrente no tienen vocación de prosperidad, por cuanto el hecho de que se haya dictado el orden de correr traslado a las partes para alegar de conclusión, no significa que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad no sea resuelta con posterioridad por el Despacho.

Por el contrario, para que se provea sobre la misma, es menester que las partes presenten por escrito sus alegatos de conclusión, para que con ello el proceso quede en el estado de dictar sentencia, es decir, en el momento procesal previsto por el artículo 162 del C. G. P.

Así las cosas, no se repondrá el auto de 26 de mayo de 2015 y en atención a las previsiones del artículo 118 del C. G. P. se concederá,

nuevamente, a las partes el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, en caso de que no los hayan presentado.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 242/Código General del Proceso - Artículo 162/Código General del Proceso - artículo 318

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

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

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

El Despacho se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto del pasado 26 de mayo de 2015 que volvió el presente proceso escritural y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

### I. ANTECEDENTES

1. El Consejo Nacional Electoral presentó solicitud de pérdida del cargo del Alcalde del municipio de Puerto Gaitán (Meta), dignidad ocupada por el señor Édgar Humberto Silva González, con fundamento en que mediante la Resolución 3049 de 29 de julio de 2014<sup>1</sup>, esa Corporación declaró la violación a los límites de gastos en la campaña electoral en la que aquel resultó

1 “Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán - Meta del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011”.

elegido, acto administrativo que fue confirmado por medio de la Resolución 3347 de 20 de octubre del mismo año.

2. La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta, no obstante, el CNE solicitó a esta Corporación asumir el conocimiento del presente proceso por considerar que es necesario proferir una sentencia de unificación jurisprudencial, petición frente a la cual esta Sección, en providencia de 4 de mayo de 2015, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, el inciso (1°) del artículo 271 del CPACA y a efectos de sentar jurisprudencia y fijar el precedente relacionado con el nuevo mecanismo de control judicial, consagrado en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, asumió el conocimiento del presente asunto por importancia jurídica.

3. En cumplimiento de la anterior decisión, por medio de auto de 8 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Meta remitió el proceso de la referencia a esta Sección, correspondiéndole por reparto al suscrito Consejero Ponente que, en auto de 26 de mayo de 2015 y con fundamento en el último inciso del artículo 181 del CPACA, volvió escritural el proceso de la referencia y concedió a las partes y el Ministerio Público el término conjunto de 10 días para presentar, por escrito, sus alegatos de conclusión.

4. No obstante, durante el término concedido, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de reposición contra el auto de 26 de mayo de 2015.

Al efecto, aludió que en el escrito de contestación de la demanda<sup>2</sup> solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad, con fundamento en los artículos 161 y 162 del Código General del Proceso, aspecto que no ha sido resuelto y que debió serlo previo a que se corriera el término para alegar de conclusión.

## II. CONSIDERACIONES

Previo a abordar el estudio de fondo del recurso interpuesto, el Despacho analizará, desde la perspectiva de la oportunidad legal, la interposición del recurso de reposición contra el auto de 26 de mayo de 2015.

Al respecto, se tiene que el artículo 242 del CPACA indica:

**"Artículo 242. Reposición.** *Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.*

*En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil".*

Esta norma se complementa con el C. G. P., codificación que se ha concluido está plenamente vigente para esta jurisdicción<sup>3</sup>, y que en su artículo 318 prevé:

**"Artículo 318. Procedencia y oportunidades.** *Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.*

*El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.*

*El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.*

*El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.*

*Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.*

**Parágrafo.** *Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente".*

De los anteriores enunciados normativos se concluye que el sujeto procesal que pretenda reponer la decisión contenida en un auto de sustanciación, contra el que no procede el recurso de apelación, súplica o queja, cuenta para su interposición con

<sup>3</sup> Ver providencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de Ponente: Enrique Gil Botero. Auto de 15 de mayo de 2014. Expediente: 05001233100020110046201, en la cual se señaló: "Como se aprecia, la única lectura válida que se le puede dar al Acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura es que se trata de una norma diseñada exclusivamente para la Jurisdicción Ordinaria y, concretamente, la Civil, pues es la única que basta la fecha no tiene implementado un sistema de impulso procesal de naturaleza oral. De otra parte, la Jurisdicción Contencioso Administrativo desde la expedición de la ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral– razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del C. G. P., a partir del 1° de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que ya existen. Por otra parte, según el principio del efecto útil de las normas habría que darle la mejor interpretación al numeral 6 del artículo 627 del C. G. P., en aras de evitar que esta jurisdicción tuviera que aplicar una norma de manera progresiva cuando ya se han dispuesto en todo el territorio nacional los insumos y herramientas para su aplicación, la cual, por demás, es residual en virtud de las remisiones e integraciones normativas que realiza la ley 1437 de 2011 "CPACA" (vgr. el artículo 306)"

<sup>2</sup> Folio 71 del expediente.

el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la notificación de dicha providencia.

En el caso bajo examen, el auto de 26 de mayo de 2015 fue notificado por estado del 28 de mayo del mismo año<sup>4</sup> y el recurso fue interpuesto el 2 de junio de 2015<sup>5</sup>, es decir, el último día hábil que se tenía para hacerlo a tiempo, conforme a la ley.

Ahora bien, una vez superado lo relativo a la oportunidad en que se interpuso el recurso, se analizarán los argumentos expuestos por el apoderado del demandado para controvertir el auto de 26 de mayo de 2015.

En efecto, el apoderado del demandado aludió que “*previo a correrse traslado para alegar de conclusión*” debió resolverse la solicitud de suspensión del presente proceso por prejudicialidad, de conformidad con las previsiones del artículo 162 del C. G. P.

Al respecto, se tiene que la citada normativa prevé:

*“Artículo 162. Decreto de la suspensión y sus efectos. Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.*

*La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia.*

*La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.*

*El curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal”.*

De acuerdo con lo anterior, los argumentos expuestos por el recurrente no tienen vocación de prosperidad, por cuanto el hecho de que se haya dictado la orden de correr traslado a las partes para alegar de conclusión, no significa que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad no sea resuelta con posterioridad por el Despacho.

Por el contrario, para que se provea sobre la misma, es menester que las partes presenten por escrito sus alegatos de conclusión, para que con ello el proceso quede en el estado de dictar sentencia, es decir, en el momento procesal previsto por el artículo 162 del C. G. P.

Así las cosas, no se repondrá el auto de 26 de mayo de 2015 y

en atención a las previsiones del artículo 118 del C. G. P.<sup>6</sup> se concederá, nuevamente, a las partes el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, en caso de que no los hayan presentado.

En mérito de lo expuesto se;

### III. RESUELVE

**Primero: No reponer** el auto de 26 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la presente providencia.

**Segundo: Advertir** a las partes que respecto de la decisión adoptada en el numeral anterior, no proceden recursos.

**Tercero:** En atención a las previsiones del artículo 118 del C. G. P. conceder a las partes, nuevamente, el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, en caso de que no los hayan presentado.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

<sup>6</sup> “Artículo 118. Cómputo de términos. El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.

El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.

Si el término fuere común a varias partes comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación a todas.

Cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, mientras esté corriendo un término, no podrá ingresar el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término o que requieran trámite urgente, previa consulta verbal del secretario con el juez, de la cual dejará constancia. En estos casos, el término se suspenderá y se reanudará a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiriera.

Mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias decretadas por autos que no estén pendientes de la decisión del recurso de reposición. Los términos se reanudarán el día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiriera, o a partir del tercer día siguiente al de su fecha si fuera de cúmplase.

Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”. subraya el Despacho.

<sup>4</sup> Folios 331, 333, y 334 del cuaderno principal.

<sup>5</sup> Folio 351 del expediente.

**SANCIÓN A PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Por violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales/PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos/PARTIDOS POLÍTICOS - Sanción/MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Sanción/GRUPOS SIGNIFICATIVOS DE CIUDADANOS - Sanción**

El artículo 13 de la Ley 1475 de 2011, señala la competencia y el procedimiento que se debe seguir para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos así: "Artículo 13. Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos.

El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.

1. La resolución mediante la cual ordene la apertura de la correspondiente investigación deberá formular cargos, claramente las faltas atribuibles, los hechos objeto de investigación, las pruebas de que dispone, las disposiciones infringidas y las sanciones aplicables. Si el Consejo Nacional Electoral no dispusiere de elementos de juicio suficientes para formular cargos, adelantará previamente la correspondiente indagación preliminar, de cuyo inicio informará a la respectiva organización política.

2. La resolución de apertura de investigación ordenará notificar personalmente al representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación, a las personas implicadas en los hechos objeto de investigación y al Ministerio Público.

3. El representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación y las personas implicadas en los hechos objeto de investigación, podrán responder los cargos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al de la notificación personal.

4. Una vez presentados los descargos o transcurrido el plazo para ello, la corporación decretará las pruebas solicitadas y/o las que considere necesarias practicar, para lo cual dispondrá de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia mediante la cual se decretaron.

El consejero ponente podrá prorrogar el término probatorio por dos (2) meses más a fin de garantizar la recaudación de la totalidad de las pruebas decretadas o para la práctica de nuevas pruebas en los casos en que considere necesario decretarlas para mejor proveer.

5. Concluido el término probatorio se dará traslado a las personas vinculadas a la investigación así como al Ministerio Público, por quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos de conclusión, transcurridos los cuales el proceso entrará al despacho del ponente para decisión, la cual deberá dictarse dentro de los dos (2) meses siguientes.

6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos. Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

7. La decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral podrá ser demandada ante el Consejo de Estado.

Cuando la sanción sea la disolución, cancelación o suspensión de la personería jurídica, la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio se tramitará en forma preferencial y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus y el de las acciones de tutela".

Fuente formal: Ley 1475 DE 2011 - artículo 13

**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**

El artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, indica el procedimiento a seguir cuando se presenta la violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales: "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”.

De la normativa en comento, se advierte claramente que el CNE tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no ya directamente sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo.

Pues bien, como se advierte de los antecedentes narrados en precedencia, en el caso concreto corresponde decidir la solicitud de pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González, realizada por el CNE, en virtud de la sanción que esa autoridad realizó al partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos en la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán.

Asimismo, se observa que correspondió al Despacho de la doctora Lucy Jeannett Bermúdez Bermúdez (e), el estudio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Édgar Humberto Silva González en contra de la Resolución No. 3049 de 2014.

Advierte la Sala que, es evidente que para tomar una decisión respecto del caso que le correspondió por reparto al Consejero Ponente es necesario realizar un examen de legalidad del acto sancionatorio proferido por el CNE, pues no puede convertirse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejecutora de las decisiones tomadas por esta autoridad administrativa, usurpando las funciones que Constitucional y legalmente le corresponden a esta autoridad judicial.

Pero como se advirtió en precedencia, dicho examen de legalidad ya cuenta con un proceso incoado por el señor Silva González y que correspondió al Despacho de la doctora Bermúdez Bermúdez (e), el cual actualmente se encuentra pendiente de decidirse el recurso de súplica interpuesto por el demandante por haberse rechazado la demanda.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 26

**PREJUDICIALIDAD - Se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente/ PREJUDICIALIDAD - Toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD - Cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente**

### **resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio/PÉRDIDA DEL CARGO - Alcalde del municipio de Puerto Gaitán**

En el caso que ocupa la atención de la Sala se cumplen con los requisitos para que el proceso con Radicado No. 2015-0006 M. P.: Alberto Yepes Berreiro (e), sea suspendido por prejudicialidad, toda vez que esta figura jurídica, contemplada en los artículos 161 y 163 del C. G. P. un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias.

Es de anotar que la prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquel, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido. Cabe manifestar que esta se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.

De manera que para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse en uno incida necesariamente en el otro.

Con un sentido amplio y comprensivo, se le ha querido determinar en una fórmula precisa y concreta, diciendo que es “prejudicial” toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio.

Con base en lo anterior se ha afirmado que un proceso debe ser suspendido “cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio”.

Tal es el caso que se nos presenta, toda vez 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.

Finalmente, advierte el Despacho 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 suspensión por prejudicialidad, toda vez que, la decisión tomada por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

en auto de 25 de junio de 2015 de rechazar la demanda 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 de 16 de julio de 2015.

Además, debe tenerse en cuenta que para resolver sobre dicho recurso se hace necesario conformar la Sala que habrá de resolverlo, teniendo en cuenta que, en la actualidad, los únicos magistrados que integran la Sección Quinta del Consejo de Estado son la doctora Bermúdez y el suscrito, y aquella, como es apenas natural, no está habilitada para participar en la súplica de su propio auto.

Es de anotar que, si en el trámite del recurso de súplica se decide confirmar la providencia que rechazó la demanda en comentario, este Despacho conforme a la normativa que rige la suspensión del proceso por prejudicialidad decretará de oficio la reanudación del mismo.

En esa medida, se ordenará la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

Fuente formal: Código General del Proceso - artículo 161/  
Código General del Proceso - artículo 161

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

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E)

Bogotá, veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015)

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

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán

Procede el Despacho a pronunciarse respecto de la petición del demandado de suspender el proceso por prejudicialidad, visible a folio 71 del expediente.

**I. ANTECEDENTES**

1. El Consejo Nacional Electoral presentó solicitud de pérdida del cargo del Alcalde del municipio de Puerto Gaitán (Meta), dignidad ocupada por el señor Édgar Humberto Silva González, con fundamento en que mediante la Resolución 3049 de 29 de julio de 2014<sup>1</sup>, esa Corporación declaró la violación a los límites de gastos en la campaña electoral en la que aquel resultó

1 "Por medio de la cual se sanciona al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, vulnerando lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011".

elegido, acto administrativo que fue confirmado por medio de la Resolución 3347 de 20 de octubre del mismo año.

2. La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta, no obstante, el CNE solicitó a esta Corporación asumir el conocimiento del presente proceso por considerar que es necesario proferir una sentencia de unificación jurisprudencial, petición frente a la cual esta Sección, en providencia de 4 de mayo de 2015, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, el inciso (1°) del artículo 271 del CPACA y a efectos de sentar jurisprudencia y fijar el precedente relacionado con el nuevo mecanismo de control judicial, consagrado en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, asumió el conocimiento del presente asunto por importancia jurídica.

3. En cumplimiento de la anterior decisión, por medio de auto de 8 de mayo de 2015, el Tribunal Administrativo del Meta remitió el proceso de la referencia a esta Sección, correspondiéndole por reparto de 22 de mayo del presente año al suscrito Consejero Ponente para proveer lo pertinente.

4. Por otra parte, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderada judicial, el señor Édgar Humberto Silva González solicitó declarar nula las Resoluciones N° 3049 del 29 de julio de 2014<sup>2</sup> y 3347 del 20 de octubre de 2014 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la confirmó, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

2 La parte resolutoria de dicha decisión es del siguiente tenor:

"Artículo Primero. Declarar la violación de los límites de ingresos y gastos establecidos en la campaña electoral del candidato Édgar Humberto Silva González a la Alcaldía de Puerto Gaitán-Meta, avalada por el Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-.

Artículo Segundo. Sancionar al Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U- con la suspensión al derecho de inscribir candidatos a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) en las próximas elecciones por la violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta) del candidato Édgar Humberto Silva González, esto es, lo dispuesto en el artículo 10 numeral 4 de la Ley 1475 de 2011.

Artículo Tercero. Abstenerse de sancionar al candidato Édgar Humberto Silva González, según las consideraciones del proveído.

Artículo Cuarto. Ordenar al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U- reintegre al Fondo Nacional de Financiación Política el valor pagado con ocasión de la reposición de votos válidos obtenidos en la campaña electoral del candidato Silva a la Alcaldía Municipal de Puerto Gaitán (Meta), esto es, cinco millones trescientos veintidós mil ochocientos cuarenta y ocho pesos (\$5.821.848 m/cte.) debido a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que reconocía tal derecho expedido por esta corporación de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

Artículo Quinto. Notifíquese la presente decisión, de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Partido Social de Unidad Nacional -Partido de la U-, al señor Alexander Vega apoderado del señor Édgar Humberto Silva González y al Ministerio Público.

Artículo Sexto. Envíese copia de la presente resolución a la Oficina Jurídica de esta corporación, para que presente ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida de cargo del señor Édgar Humberto Silva, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

Artículo Séptimo. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Comuníquese, notifíquese y cúmplase

Dada en Bogotá D. C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de 2014".

5. La demanda<sup>3</sup>, correspondió por reparto al Despacho de la doctora Susana Buitrago Valencia<sup>4</sup>, la cual fue admitida mediante auto de 24 de marzo de 2015; en la actualidad, se encuentra pendiente de decidirse recurso de súplica frente a la decisión tomada por la Consejera Ponente de rechazar la demanda.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

Se pronuncia el Despacho –de conformidad con la regla establecida en el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup>,– sobre la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

### 2.2. Pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales

El artículo 13 de la Ley 1475 de 2011<sup>6</sup>, señala la competencia y el procedimiento que se debe seguir para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos así:

*“Artículo 13. Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos. El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos.*

*1. La resolución mediante la cual ordene la apertura de la correspondiente investigación deberá formular cargos, claramente las faltas atribuibles, los hechos objeto de investigación, las pruebas de que dispone, las disposiciones infringidas y las sanciones aplicables. Si el Consejo Nacional Electoral no dispusiere de elementos de juicio suficientes para formular cargos, adelantará previamente la correspondiente indagación preliminar, de cuyo inicio informará a la respectiva organización política.*

*2. La resolución de apertura de investigación ordenará notificar personalmente al representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación, a las personas implicadas en los hechos objeto de investigación y al Ministerio Público.*

<sup>3</sup> Cuyo radicado es el No. 2015-0005.

<sup>4</sup> Por terminación del periodo de la Magistrada Buitrago Valencia, la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez recibió en encargo el Despacho de aquella.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> “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 representante legal del partido o movimiento vinculado a la investigación y las personas implicadas en los hechos objeto de investigación, podrán responder los cargos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al de la notificación personal.*

*4. Una vez presentados los descargos o transcurrido el plazo para ello, la corporación decretará las pruebas solicitadas y/o las que considere necesarias practicar, para lo cual dispondrá de un lapso de tres (3) meses, contados a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia mediante la cual se decretaron. El consejero ponente podrá prorrogar el término probatorio por dos (2) meses más a fin de garantizar la recaudación de la totalidad de las pruebas decretadas o para la práctica de nuevas pruebas en los casos en que considere necesario decretarlas para mejor proveer.*

*5. Concluido el término probatorio se dará traslado a las personas vinculadas a la investigación así como al Ministerio Público, por quince (15) días hábiles, para que presenten sus alegatos de conclusión, transcurridos los cuales el proceso entrará al despacho del ponente para decisión, la cual deberá dictarse dentro de los dos (2) meses siguientes.*

*6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos.*

*Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.*

*7. La decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral podrá ser demandada ante el Consejo de Estado. Cuando la sanción sea la disolución, cancelación o suspensión de la personería jurídica, la demanda contencioso administrativa contra el acto sancionatorio se tramitará en forma preferencial y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus y el de las acciones de tutela”. (Negrilla de la Sala).*

Por su parte, el artículo 26 *ibídem*<sup>7</sup> indica el procedimiento a seguir cuando se presenta la violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales:

**"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".* (Negrillas de la Sala).

De la normativa en comento, se advierte claramente que el CNE tiene la facultad, directamente, de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales, y al mismo tiempo, pero no ya directamente sino a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puede solicitar, con fundamento en los mismos supuestos de hecho, la pérdida del cargo.

Pues bien, como se advierte de los antecedentes narrados en precedencia, en el caso concreto corresponde decidir la solicitud de pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González, realizada por el CNE, en virtud de la sanción que esa autoridad realizó al partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos en la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán.

Asimismo, se observa que correspondió al Despacho de la doctora Lucy Jeannett Bermúdez Bermúdez (e), el estudio de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Édgar Humberto Silva González en contra de la Resolución No. 3049 de 2014.

Advierte la Sala que, es evidente que para tomar una decisión respecto del caso que le correspondió por reparto al Consejero Ponente es necesario realizar un examen de legalidad del acto sancionatorio proferido por el CNE, pues no puede convertirse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejecutoria

de las decisiones tomadas por esta autoridad administrativa, usurpando las funciones que Constitucional y legalmente le corresponden a esta autoridad judicial.

Pero como se advirtió en precedencia, dicho examen de legalidad ya cuenta con un proceso incoado por el señor Silva González y que correspondió al Despacho de la doctora Bermúdez Bermúdez (e), el cual actualmente se encuentra pendiente de decidirse el recurso de súplica interpuesto por el demandante por haberse rechazado la demanda.

### 2.3. Suspensión del proceso por prejudicialidad

Pues bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala se cumplen con los requisitos para que el proceso con Radicado No. 2015-0006 M. P.: Alberto Yepes Berreiro (e), sea **suspendido por prejudicialidad**, toda vez que esta figura jurídica, contemplada en los artículos 161<sup>8</sup> y 163<sup>9</sup> del C. G. P. trae consigo la suspensión temporal de la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias.

Es de anotar que la prejudicialidad se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquel, dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido.

Cabe manifestar que esta se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que

8 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 reconvencción. 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.

9 Artículo 163. Reanudación del proceso. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de dos (2) años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez de oficio o a petición de parte, decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por aviso.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanuda de oficio el proceso. También se reanuda cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

7 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-490 de 2011 Magistrado Ponente, doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca<sup>10</sup>.

De manera que para que pueda alegarse prejudicialidad es necesario que exista una relación determinante entre dos procesos en forma tal que la decisión que haya de tomarse en uno incida necesariamente en el otro.

Con un sentido amplio y comprensivo, se la ha querido determinar en una fórmula precisa y concreta, diciendo que es “prejudicial” toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio. Carnelutti señala que “*se habla de cuestiones prejudiciales cuando en rigor de terminología es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión en otros litigios*”. Por su parte, cuestión prejudicial significa una etapa anterior al juicio y según Manzini, “*es toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio*”.

Con base en lo anterior se ha afirmado que un proceso debe ser suspendido “*cuando exista una cuestión sustancial que no sea procedente resolver en el mismo proceso y cuya resolución sea necesaria para decidir sobre el objeto del litigio*”<sup>11</sup>.

Tal es el caso que se nos presenta, toda vez 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.

Finalmente, advierte el Despacho 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 suspensión por prejudicialidad, toda vez que, la decisión tomada por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en auto de 25 de junio de 2015 de rechazar la demanda no

se encuentra en firme<sup>12</sup>, por ende, hasta tanto esa decisión no adquiriera 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 de 16 de julio de 2015.

Además, debe tenerse en cuenta que para resolver sobre dicho recurso se hace necesario conformar la Sala que habrá de resolverlo, teniendo en cuenta que, en la actualidad, los únicos magistrados que integran la Sección Quinta del Consejo de Estado son la doctora Bermúdez y el suscrito, y aquella, como es apenas natural, no está habilitada para participar en la súplica de su propio auto.

Es de anotar que, si en el trámite del recurso de súplica se decide confirmar la providencia que rechazó la demanda en comento, este Despacho conforme a la normativa que rige la suspensión del proceso por prejudicialidad decretará de oficio la reanudación del mismo.

En esa medida, se ordenará la suspensión del proceso de la referencia por prejudicialidad.

En mérito de lo expuesto se;

### III. RESUELVE

**Suspender** el proceso de la referencia por prejudicialidad.

Notifíquese y cúmplase.

**Alberto Yepes Barreiro**  
Consejero de Estado

10 Ref: Expediente No. T-20.000. Peticionario: Gustavo Adolfo Bell Lemus, Gobernador del Atlántico contra los Juzgados 1° a 7° Laborales del Circuito de Barranquilla. M. P.: doctor Hernando Herrera Vergara. 5 de noviembre de 1993.

11 Sentencia T-680 de 2007.

12 *Código General del Proceso. Artículo 302. Ejecutoria.* Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud. Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelve los interpuestos.





IMPRESA  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
PBX (0571) 457 80 00  
Carrera 66 No. 24-09  
Bogotá, D. C., Colombia



