

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Obligación de agotar el requisito de procedibilidad cuando la irregularidad se funde trashumancia / TRASHUMANCIA ELECTORAL - Constituye falsedad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Es menester agotarlo cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio

Expresa el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado que la sentencia del 24 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, debe revocarse parcialmente para estudiarse de fondo el cargo relativo a la trashumancia. Afirma que esa irregularidad no encuadra en las causales de nulidad electoral establecidas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las cuales es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad por referirse a anomalías en la votación o el escrutinio, sino que ésta, por referirse a la vulneración del artículo 316 Superior, se estudia de acuerdo a las causales de nulidad del artículo 84 del mismo Código. Como lo señala el Ministerio Público, la trashumancia implica el desconocimiento del artículo 316 de la Constitución Política, según el cual solo podrán participar los ciudadanos residentes en un municipio cuando las votaciones se realicen para elegir autoridades locales o para la adopción de decisiones en asuntos del mismo carácter. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sección aclaró que tal irregularidad se traduce en una falsedad de las actas de escrutinio que, a las voces del numeral 2° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, causan su nulidad. Entonces, si la Constitución Política previó en el parágrafo del artículo 237 que antes de ejercer el Contencioso Electoral, cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, las cuales regula el artículo 223 del C.C.A., éstas deben someterse a examen de la autoridad administrativa correspondiente antes de declararse la elección. No hay duda que la inconsistencia denominada trashumancia, que como se dijo constituye una falsedad, debe cumplir con el requisito de procedibilidad a que se ha hecho referencia. Al no acogerse el criterio del Ministerio Público en este aspecto, la Sala abordará el estudio de los argumentos que expuso el demandante en el recurso de apelación que propuso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de que la trashumancia se traduce en una falsedad de las actas de escrutinio, Sentencia de 11 de junio de 2009, Rad. 2007-00239-01, Ponente: Mauricio torres Cuervo, Sección Quinta.

ACCION ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Se exige que éste se cumpla antes de declararse la elección

Señala el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz que sí agotó el requisito de procedibilidad, toda vez que como las actas de escrutinio no fueron firmadas el día en que se declaró la elección y se expidieron las credenciales, tal situación le confería la oportunidad de reclamar. El requisito de procedibilidad instituido en el ordenamiento jurídico para poder acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción de nulidad electoral, exige que éste se cumpla antes de declararse la elección, por lo tanto y sin excepción, cualquier irregularidad en el proceso de votación y escrutinio que deba ponerse en conocimiento de las autoridades electorales tiene que hacerse previamente a que se declare la elección, pues de lo contrario, debe entenderse como no presentada. En el asunto bajo examen está probado lo siguiente: (i) que el 11 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá, luego de suscribir el Acta General de Escrutinio que obra a folios 31 a 45 del expediente principal, declaró electos como Diputados del Departamento de Boyacá a los demandados,

mediante el formulario E-26 expedido el mismo día a las 10:20 a.m., que aparece a los folios 16 a 30 del cuaderno principal; (ii) que el mismo 11 de noviembre de 2011, según se aprecia al folio 12 de cuaderno principal, a las 6:20 p.m. el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz, radicó ante la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá reclamación y, (iii) que a través de la Resolución N° 047 de 11 de noviembre de 2011, la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá rechazó por extemporánea la reclamación del demandante atendiendo, precisamente, a que a las 10:20 a.m. de ese día se declaró la elección de los Diputados de la Asamblea de Boyacá. Entonces, para la Sala es incuestionable que el actor no cumplió con la obligación de agotar el requisito de procedibilidad en la oportunidad prevista en la Constitución, pues si la elección demandada se declaró a las 10:20 a.m. del 11 de noviembre de 2011, ningún escrito posterior tenía la capacidad jurídica de acreditarlo. Era necesario ejercer el derecho a reclamar antes de la declaratoria de elección, que para el caso era, necesariamente antes de las 10:20 a.m. del citado día. El no hacerlo así implicaba la conformidad con el proceso de votación y escrutinio. La finalidad de estas reclamaciones es depurar el proceso administrativo electoral, para que el resultado final contenido en la declaratoria de elección, sea el reflejo de la verdad. En esa medida ejercer las reclamaciones luego de conocer el resultado de la elección, como sucedió en este caso, donde el escrito se presentó 8 horas después de la declaratoria oficial de la elección no buscaba “enderezar” algún tipo de irregularidad, sino un interés particular de quien luego de no salir electo, se mostró inconforme con ello, entonces, se tradujo en la ausencia de cumplir con el requisito de procedibilidad. Por último, frente al argumento del señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz según el cual cuando presentó la reclamación el acta general de escrutinio no estaba firmada, el expediente está huérfano de prueba acerca de dicha afirmación y, por el contrario, todos los documentos electorales allegados al expediente por el mismo demandante, se encuentran debidamente firmados tanto por los jurados de votación como por los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental. Al no haberse logrado desvirtuar los fundamentos jurídicos expuestos por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia del 24 de agosto de 2011, la misma habrá de confirmarse.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00652-01

Actor: REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DIAZ

Demandado: DIPUTADOS A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que formuló el apoderado del demandante contra la sentencia del 24 de agosto de 2012, dictada por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual decidió:

“PRIMERO: DECLARASE probada la excepción de ausencia del requisito de procedibilidad de la acción, previsto en el art. 237 Superior, modificado por el art. 8 del Acto Legislativo 01 de 2009, relativo a la reclamación previa ante las autoridades electorales.

TERCERO (sic): **DECLARASE INHIBIDA** la Sala para pronunciarse de fondo sobre la demanda de acción electoral presentada por el señor REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DIAZ.”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare que es nulo el Acto Administrativo Electoral Acta E-26 y los elementos que la conforman, expedido por los integrantes de la Comisión Escrutadora de Boyacá el pasado 11 de noviembre del año que avanza en el que se declara la elección de los diputados CARLOS JULIO VELANDIA SEPULVEDA, ANDERSON JOAQUIN SANCHEZ RUIZ, CESAR AUGUSTO LOPEZ MORALES, DONAL FERNEY GONZALEZ RINCON, CARLOS ARTURO CARO BALLESTEROS, EDGAR VIDAL ULLOA HURTADO, JOSE ALBERTO MORENO VILLAMIL, JUAN ANTONIO GARAY TORRES, JORGE ELIECER CORTES MARTINEZ, JOSE ARMANDO QUIÑONES GARZON, MARIO ERNESTO OCHOA PLAZAS, JAIME RAUL SALAMANCA, OSMAN FERNANDO ROA LOPEZ, JAIRO ENRIQUE CASTIBLANCO PARRA, RODRIGO ARTURO ROJAS LARA y LUIS EDUARDO RODRIGUEZ PEREZ, para el período 2012-2015.

SEGUNDA: Que se declare que la credencial obtenida por el Partido Liberal en cabeza del señor CARLOS JULIO VELANDIA, es nula por haber sido obtenida con violación de las normas superiores en que debió fundarse y por falsedad en los actos que conforman el acta E-26.

TERCERA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Registraduría Nacional de Estado Civil, hacer un recuento departamental, excluyendo los elementos electorales

declarados nulos para establecer el nuevo resultado electoral, otorgando la credencial de diputado al Dr. REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DIAZ del Partido Conservador.”.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, sostuvo lo siguiente:

Que participó en las elecciones llevadas a cabo el 30 de octubre de 2011 como candidato, por el Partido Conservador, a la Asamblea de Boyacá. Que cerca de la media noche de ese día solo faltaba por escrutarse el 0.04% de las mesas de votación y, de acuerdo con el último boletín informativo, al Partido Conservador le correspondían 5 escaños en la Asamblea.

Informó que el escrutinio terminó el 11 de noviembre de 2011 y de acuerdo a la cifra repartidora el Partido Conservador perdió una curul y el Partido Liberal sumó una, la que se asignó al señor Carlos Julio Velandia Sepúlveda.

Que para ello se manipuló la cifra repartidora que se afectó “extrañamente” así: el candidato José Alberto Moreno Villamil del Partido Conservador durante el escrutinio departamental perdió 1540 votos, y el señor Velandia Sepúlveda subió 1000 en Sogamoso. Ello condujo a que bajara el umbral del Partido Conservador y subiera el del Liberal, cambiando la cifra repartidora, maniobra con la cual el Partido Conservador perdió la curul que debía corresponderle al demandante.

Que, además, en el municipio de Cubará hubo trashumancia, pues de las 700 cédulas inicialmente inscritas, mediante la Resolución N.º 475 de 19 de septiembre de 2011 del Consejo Nacional Electoral se dejó sin efecto la inscripción de 510 que no correspondían a este municipio. No obstante a quienes se les revocó la inscripción sufragaron en Cubará.

Que en Duitama y Sogamoso, zona 1, mesas 2, 11 y 17 los formularios E-14 fueron adulterados y enmendados, hecho que al parecer permitió la Comisión Escrutadora departamental, situación que vicia de nulidad el acto de elección de los Diputados de Boyacá.

Que en escrito del 11 de noviembre de 2011, presentado ante la Comisión Escrutadora Departamental, agotó el requisito de procedibilidad. Que lo hizo en tiempo pues si bien cuando radicó la reclamación ya se había declarado la

elección y expedido las credenciales, las actas de escrutinio no se encontraban firmadas.

Que la Comisión Escrutadora Departamental mediante la Resolución N.º 047 del 11 de noviembre de 2011, negó su reclamación por extemporánea.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Señala como normas violadas, los siguientes artículos: **(i)** 2º, 4º, 6º, 29, 237 y 316 de la Constitución Política; **(ii)** 166, 167, 180 y 192 del Código Nacional Electoral y, **(iii)** 84 y 223 numerales 2º y 3º del Código Contencioso Administrativo.

Constitución Política

Que el artículo 2º de la Constitución Política se vulneró porque la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá y el Consejo Nacional Electoral permitieron que los resultados electorales para la Asamblea de Boyacá se alteraran. Que los datos consignados en el formulario E-14 publicados el 30 de octubre de 2011 difieren de los registrados en el E-26.

Que el artículo 4º ídem se trasgrede porque los días 8 y 9 de noviembre de 2011 los integrantes de la Comisión Escrutadora Departamental manifestaron que el escrutinio transcurría con normalidad y no había cambio en la asignación de curules. Que el 11 del mismo mes y año informaron que la cifra repartidora varió y que el Partido Conservador perdió una curul, la cual se asignó al candidato Carlos Julio Velandia Sepúlveda del Partido Liberal.

El artículo 29 Superior se vulneró porque la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá, a través de la Resolución N.º 047 del 11 de noviembre de 2011 rechazó, por extemporánea, la reclamación que presentó con fundamento en las causales de reclamación del artículo 192 del Código Nacional Electoral.

El demandante no desarrolló concepto de violación respecto de los artículos 6º, 237 y 316 de la Constitución Política.

Código Nacional Electoral

El demandante no desarrolló concepto de violación con respecto a los artículos 166, 167, 180 y 192 del Código Nacional Electoral.

Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)¹

Que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo prevé que toda persona puede solicitar la nulidad de los actos administrativos cuando se expidan con violación de las normas en que debían fundarse, falta de competencia o violando los derechos al debido proceso, audiencia o defensa.

Que tal norma debe acompañarse con el artículo 223 ídem que consagra las causales de nulidad de los actos de elección y, por ello, el acto demandado es nulo por violar los numerales 2° y 3° del citado artículo a causa de las inconsistencias que presentan los formularios E-14.

Que las irregularidades consisten en que el candidato José Alberto Moreno Villamil del Partido Conservador, con posterioridad a publicarse los datos, le quitaron votos en los siguientes municipios: Cerinza, Maripi, Caldas, Duitama, Chinavita, Chiquinquirá, Chitaraque, Garagoa, Güicán, Iza, Miraflores, Somondoco, Socha, Tasco, Tinbaná, Tunja, Tuta, Aquitania, Boavita, Chiscas, Cómbita, El Cocuy, Gachantivá, Guateque, Genesano, Moniquirá, Motavita, Nobsa, Otanche, Páez, Paipa, Paya, Puerto Boyacá, Saboyá, Samacá, San Miguel de Sema, San Luis de Galeno, Santa Rosa, Santa Ana, Tipacoque, Sogamoso, Turmeque y Viracachá, lo que varió el umbral del Partido Conservador.

*Que, de otra parte, el candidato Carlos Julio Velandia Sepúlveda del Partido Liberal en el municipio de Sogamoso extrañamente incrementó casi 400 votos² debido a la alteración de los formularios E-14 de las siguientes **zonas**: (i) **01**, mesas 10, 11, 14, 19, 37, 44, 48, 52, 54, 56, 66, 71, 82 y 91; **02**, mesas 03, 09, 12, 39, 43, 46, 49, 73, 75 y 91 y, (iii) **90**, mesas 4 y 5.*

Que también se vulneraron las normas del Código Contencioso Administrativo porque mediante la Resolución N.º 2745 del 19 de septiembre de 2011 el Consejo Nacional Electoral dejó sin efecto 510 cédulas de ciudadanía inscritas en el municipio de Cubará, pese a lo cual la mayoría de los ciudadanos a quienes

¹ Normatividad vigente para la época de los hechos.

² Contradictoriamente en los hechos de la demanda el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz expresa que el aumento de votos fue de mil.

pertenecen esas cédulas votaron, porque el Registrador no depuró el censo electoral.

4. Trámite en primera instancia.-

El Tribunal Administrativo de Boyacá, por auto de 12 de enero de 2012, admitió la demanda y ordenó notificar personalmente al agente del Ministerio Público y a los señores Carlos Julio Velandia Sepúlveda, Anderson Joaquín Sánchez Ruíz, César Augusto López Morales, Donal Ferney González Rincón, Carlos Arturo Caro Ballesteros, Edgar Vidal Ulloa Hurtado, José Alberto Moreno Villamil, Juan Antonio Garay Torres, Jorge Eliécer Cortés Martínez, José Armando Quiñones Garzón, Mario Ernesto Ochoa Plazas, Jaime Raúl Salamanca, Osman Fernando Roa López, Jairo Enrique Castiblanco Parra, Rodrigo Arturo Rojas Lara y Luis Eduardo Rodríguez Pérez.

En escrito del 31 de enero de 2012 el señor Carlos Arturo Hernández López manifestó coadyuvar las pretensiones de la demanda (fls. 492 y 493)

Por auto del 20 de marzo de 2012, abrió el proceso a pruebas (fls. 567 a 569).

5. Contestaciones a la demanda

5.1 Carlos Julio Velandia Sepúlveda

Mediante apoderado judicial sostuvo que los boletines informativos no son documentos electorales.

Que el demandante especula cuando manifiesta que el señor José Alberto Moreno Villamil, del Partido Conservador, perdió 1540 votos en el escrutinio departamental y que en el municipio de Cubará sufragaron personas respecto de las cuales el Consejo Nacional Electoral anuló la inscripción de la cédula de ciudadanía pues no indica las zonas, puestos y mesas en que ello ocurrió y la votación específica que se consignó irregularmente en los formularios E-14. Que pretende que el Juez asuma la carga de demostrar las irregularidades que indica, cuando esa era su carga procesal.

Que el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz no agotó el requisito de procedibilidad porque radicó reclamación a las 6:20 p.m. del 11 de noviembre de 2011 y la elección se declaró a las 10:30 a.m. de ese día y, en esa medida, fue

extemporánea. Que, por lo tanto, no puede considerarse el argumento según el cual algunos formularios E-14 fueron adulterados.

Que el argumento sobre trashumancia en el municipio de Cubará es general e indeterminado, respecto del cual tampoco se agotó el requisito de procedibilidad.

Propuso la excepción de ineptitud de la demanda: (i) por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y, (ii) por falta de integración del petitum. Que si bien la reclamación del actor fue extemporánea, de considerarse que no lo es, éste debió demandar la Resolución N.º 047 de 11 de noviembre de 2011, mediante la cual la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá la declaró extemporánea (fls. 218 a 232).

5.2 Anderson Joaquín Sánchez Ruíz

Reiteró, a través de apoderado, los argumentos que expuso el señor Carlos Julio Velandia Sepúlveda en la contestación de la demanda (fls. 234 a 252).

5.3 César Augusto López Morales

A través de apoderado adujo que la información difundida por los medios de comunicación otorgaba al Partido Conservador cinco curules en la Asamblea de Boyacá, pero para la hora que ello ocurrió no estaban escrutadas todas las mesas.

Que en los municipios referidos por el señor Flechas Díaz en la demanda, la Comisión Escrutadora Departamental hizo recuento de votos y no encontraron inconsistencias en la votación, por lo cual la información del formulario E-26 es veraz.

Que las pretensiones no pueden prosperar porque, además de lo anterior, la trashumancia “no constituye motivo de nulidad para elecciones departamentales”. Propuso la excepción que denominó “inexistencia de causales de nulidad del acto de elección y de vicios sustanciales en el procedimiento de elección” (fls. 199 a 203).

5.4 Donald Ferney González Rincón

So apoderado se opuso a las pretensiones porque el demandante no aportó prueba que desvirtúe la presunción de legalidad del acto de elección, pues las soporta en los boletines informativos que no son documentos electorales.

Que, además, no se agotó el requisito de procedibilidad porque la reclamación se presentó a las 6:20 p.m. del 11 de noviembre de 2011, esto es, fue extemporánea porque ya se había declarado la elección.

Que ante la inexistencia de alguna de las causales de nulidad enlistadas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, debía declararse probada la excepción de “ausencia de causal de nulidad” (fls. 263 a 270).

5.5 Luis Eduardo Rodríguez Pérez, Carlos Arturo Caro Ballesteros, Jairo Enrique Castiblanco Parra, Osman Fernando Roa López, Edgar Vidal Ulloa Hurtado y Rodrigo Arturo Rojas Lara.

A través de apoderado indican que los boletines de la Registraduría Nacional del Estado Civil son informativos y no documentos electorales.

Que en el concepto de violación no se concreta la manera que se quebrantan las normas que se indican trasgredidas. Que los hechos de la demanda carecen de soporte probatorio.

Que el demandante pretende atribuir falsedad a los documentos que sirvieron para la expedición del formulario E-26 bajo apreciaciones subjetivas y sobre la base de que en algunos municipios de Boyacá existieron irregularidades, las cuales no fueron puestas en conocimiento de la autoridad electoral. La misma situación se presenta en relación con la presunta trashumancia.

Propusieron las excepciones que denominaron: (i) “Falta de causa para demandar” porque se instauró una acción con la creencia equivocada de existir registros electorales falsos o apócrifos sin cumplir previamente con el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral y, (ii) “indeterminación de la causal de nulidad del acto administrativo demandado” (fls. 277 a 297).

5.6 José Alberto Moreno Villamil

Su apoderado expresó que, como lo dice el demandante, los boletines informativos de la Registraduría indicaban, faltando un porcentaje de mesas por escutar, que su votación era de 11.650. Que culminado el escrutinio obtuvo 10.135 votos, lo que generó que el Partido Conservador perdiera una curul en la Asamblea de Boyacá.

Que no obstante, todos los candidatos sabían que la información de los boletines podía no coincidir con los resultados finales y que la ley señala que los resultados a tenerse en cuenta son los registrados en las actas de escrutinio. Pidió revisar si el demandante agotó el requisito de procedibilidad.

Sostuvo que el señor Flechas Díaz se limitó a plantear hechos generales sin precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron las irregularidades que adujo. Que la trashumancia es causal de nulidad en elecciones municipales de conformidad con el artículo 316 de la Constitución Política y, al demandarse unas elecciones departamentales, no puede prosperar la pretensión (fls. 532 a 538).

5.7 Jorge Eliécer Cortés y Juan Antonio Garay Torres

A través de apoderado reiteran los argumentos del señor José Alberto Moreno Villamil. Agregaron que en lo relacionado con la alegada trashumancia, el demandante debió individualizar los sufragantes, zonas y mesas en que se depositaron los presuntos votos irregulares, pero no lo hizo.

Propusieron a título de excepción: (i) inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad; (ii) falta de causa para demandar porque el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz presumió la existencia de unos registros falsos o apócrifos sin concretar las irregularidades que expuso y, (iii) inepta demanda por falta de integración de petitum, toda vez que si en gracia de discusión se considera que el demandante agotó el requisito de procedibilidad, no demandó el acto expedido por la autoridad administrativa con el fin de resolver la reclamación la que, además, se rechazó por extemporánea (fls. 561 a 564).

5.8 Mario Ernesto Ochoa Plazas

Su apoderado manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda para lo cual reitera en todo lo expuesto en las contestaciones que presentaron los demás demandados (fls. 206 a 213).

5.9 Jaime Raúl Salamanca Torres

Su apoderado reiteró que los boletines no son documentos electorales dado su carácter informativo. Que en las jornadas electorales del nivel departamental no puede haber trashumancia, posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado y, que por lo tanto, no pueden prosperar las pretensiones de la demanda (fls. 272 a 276)

5.10 José Armando Quiñones Garzón

Adujo a través de apoderado eue el actor presentó reclamación extemporánea y se rechazó mediante la Resolución N.º 047 de 11 de noviembre de 2011. Que los boletines electorales tienen carácter informativo y, por ello, el resultado que debe tenerse en cuenta es el registrado en las actas de escrutinio.

Que la demanda es inepta porque no se aportó prueba sobre las presuntas irregularidades denunciadas, ni copia de los presuntos formularios adulterados o enmendados. Que no se presenta ninguna de las causales de nulidad que enlista el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo (fls. 526 a 530).

6. Alegatos de conclusión

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 236 del Código Contencioso Administrativo.

Solo presentaron alegatos los señores José Armando Quiñones Garzón y César Augusto López Morales, quienes reiteraron los argumentos que expusieron en la contestación a la demanda.

El demandante señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz, también reiteró lo que expuso en la demanda. Adiciona que demostró la existencia de trashumancia con la prueba documental que decretó el a-quo referida a que se allegara al expediente los formularios E-14 y la lista de sufragantes del municipio de Cubará.

Que en esos documentos puede verificarse la votación de personas cuya inscripción se anuló por el Consejo Nacional Electoral por provenir del departamento de Santander. Que allí se observa que 41 personas ejercieron el derecho al voto, situación que vicia la elección de la Asamblea de Boyacá.

Los demás demandados guardaron silencio.

7. La sentencia apelada

Se trata de la proferida el 24 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Cuarta de Decisión, en la cual decidió:

“PRIMERO: DECLARASE probada la excepción de ausencia del requisito de procedibilidad de la acción, previsto en el art. 237 Superior, modificado por el art. 8 del Acto Legislativo 01 de 2009, relativo a la reclamación previa ante las autoridades electorales.

TERCERO (sic): DECLARASE INHIBIDA la Sala para pronunciarse de fondo sobre la demanda de acción electoral presentada por el señor REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DIAZ.”.

En síntesis, el a quo argumentó lo siguiente:

Que mediante escrito del 11 de noviembre de 2011, radicado ante la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá, el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz solicitó recontar los votos de las elecciones a Diputado del departamento de Boyacá. Mediante la Resolución N.º 047 del 11 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora rechazó, por extemporánea, la reclamación.

De las pruebas aportadas se aprecia que la elección se declaró a las 10:20 a.m. del 11 de noviembre de 2011, mediante el formulario E-26. Que el párrafo del artículo 237 de la Constitución Política es claro en señalar que el requisito de procedibilidad debía agotarse antes de declararse la elección y, como el actor reclamó hasta las 6:20 p.m. de ese día, tal escrito no le permitiría tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

Que de estimarse lo contrario la demanda tampoco prosperaría porque el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz no demandó la Resolución N.º 047 de 11 de

noviembre de 2011, mediante la cual la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá rechazó la reclamación.

Que, en consecuencia, debía declararse probada la excepción de ausencia de agotamiento del requisito de procedibilidad.

8. Recurso de apelación

El señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz formuló los siguientes reparos contra la sentencia de primera instancia:

Que el requisito de procedibilidad no es un asunto del cual pueda ocuparse el juez al dictar sentencia porque el estudio sobre la materia debe hacerse al admitir la demanda. Que, de todas maneras, agotó en término el requisito porque a la hora en que presentó la reclamación las actas no estaban firmadas por los miembros de la Comisión Escrutadora, pese a que ya habían declarado la elección y expedido las credenciales.

Que el fraude electoral se presenta porque se contabilizó a favor del Partido Liberal el doble de votos en algunas mesas y puestos de votación detalladas en los alegatos de conclusión.

Que con los anteriores argumentos demuestra que agotó el requisito de procedibilidad y la existencia del fraude que explica en la demanda. Por lo anterior, pide revocar la sentencia y, en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda electoral.

9. Trámite en segunda instancia.-

El recurso de apelación en cuestión se admitió por auto de 18 de octubre de 2012, en el cual se dispuso la fijación en lista para que las partes alegaran de conclusión. Igualmente se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público para que rindiera concepto.

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

10. Concepto del ministerio público.-

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, emitió concepto, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Que los fallos inhibitorios no están proscritos en el ordenamiento jurídico cuando la causa que origina la decisión es atribuible al demandante.

Que no es cierto que en la sentencia el juez de conocimiento debe abstenerse de declarar probada la ausencia del requisito de procedibilidad y, por el contrario, resulta más riguroso el estudio de las pruebas y argumentos para proferir fallo. Que el demandante no agotó el requisito de procedibilidad.

Afirma que los argumentos del señor Flechas Díaz son generales y sustentados en unos boletines informativos que no tienen la calidad de documentos electorales, situación que impide entender demostrada cualquier causal de nulidad electoral.

Que cuando se solicita la nulidad de una elección con fundamento en el numeral 2° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, por supuesta adulteración de los registros electorales, corresponde a quien demanda precisar la zona, mesa y puesto de votación en que la irregularidad sucedió. Que, tratándose de elecciones departamentales debe, además, precisarse el municipio, requisitos que no cumple la demanda.

Que tampoco se integró debidamente el petitum, pues la reclamación del ahora demandante se rechazó por extemporánea mediante la Resolución N.° 047 de 2011, la cual no fue demandada.

Por otra parte indica que, en su consideración, el agotamiento del requisito de procedibilidad no puede extenderse al cargo de trashumancia, porque tal requisito solo se exige cuando las irregularidades se predicen del proceso de votación y escrutinio y, como la trashumancia es una vulneración del artículo 316 de la Constitución Política, la causal de nulidad se propone con fundamento en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y no del 223 ídem.

Que la trashumancia no solo se predica de las elecciones territoriales, como lo ha afirmado la Sección Quinta del Consejo de Estado, pues también puede presentarse en las departamentales.

En consecuencia, pide confirmar parcialmente la sentencia del 24 de agosto de 2012 del Tribunal Administrativo de Boyacá en cuanto declaró probada la excepción de ausencia de agotamiento del requisito de procedibilidad, excluyendo de ello el cargo de trashumancia respecto del cual solicita proferir decisión de mérito, negando la prosperidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo³, la Sección Quinta es competente para conocer del recurso de apelación propuesto contra la sentencia dictada, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

2. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar, en los estrictos términos del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de 24 de agosto de 2012 si, como lo afirma el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz: (i) el juez de instancia puede o no pronunciarse en la sentencia sobre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, atendiendo a que tal examen debe hacerse al momento de decidir sobre la admisión de la demanda; (ii) si la respuesta al anterior interrogante es afirmativa, si se agotó el requisito de procedibilidad en debida forma y, (iii) en consecuencia si el Juez de primera instancia debió proferir decisión de mérito.

También corresponde a la Sala pronunciarse acerca del argumento del señor Agente del Ministerio Público, según el cual no debe cumplirse con el requisito de procedibilidad cuando el cargo de nulidad electoral se sustenta en la existencia de trashumancia, debido a que tal irregularidad se encuadra en las causales de nulidad que establece el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y no en las del artículo 223 ídem.

3. El caso concreto

³ *Aplicable al asunto bajo estudio por haberse instaurado la demanda antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.*

La Sala abordará el estudio del presente asunto refiriéndose, en primer lugar, a los argumentos que expuso el Agente del Ministerio Público en el concepto que emitió y luego se referirá a los manifestados por el apoderado del demandante en el recurso de apelación.

3.1 Obligación de agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral cuando la irregularidad se funde en la existencia de trashumancia

Expresa el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado que la sentencia del 24 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, debe revocarse parcialmente para estudiarse de fondo el cargo relativo a la trashumancia.

Afirma que esa irregularidad no encuadra en las causales de nulidad electoral establecidas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las cuales es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad por referirse a anomalías en la votación o el escrutinio, sino que ésta, por referirse a la vulneración del artículo 316⁴ Superior, se estudia de acuerdo a las causales de nulidad del artículo 84⁵ del mismo Código.

Como lo señala el Ministerio Público, la trashumancia implica el desconocimiento del artículo 316 de la Constitución Política, según el cual solo podrán participar los ciudadanos residentes en un municipio cuando las votaciones se realicen para elegir autoridades locales o para la adopción de decisiones en asuntos del mismo carácter.

Sin embargo, la jurisprudencia⁶ de esta Sección aclaró que tal irregularidad se traduce en una falsedad de las actas de escrutinio que, a las voces del numeral 2° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, causan su nulidad.

⁴ **“ARTÍCULO 316.** En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.”

⁵ **“ARTÍCULO 84. Acción de nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”

⁶ Ver sentencia del 11 de junio de 2009, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 2007-00239-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

Entonces, si la Constitución Política previó en el párrafo del artículo 237 que antes de ejercer el Contencioso Electoral, cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, las cuales regula el artículo 223 del C.C.A., éstas deben someterse a examen de la autoridad administrativa correspondiente **antes de declararse la elección**. No hay duda que la inconsistencia denominada trashumancia, que como se dijo constituye una falsedad, debe cumplir con el requisito de procedibilidad a que se ha hecho referencia.

Al no acogerse el criterio del Ministerio Público en este aspecto, la Sala abordará el estudio de los argumentos que expuso el demandante en el recurso de apelación que propuso.

3.2 Obligaciones del juez al momento de dictar sentencia

Indica el demandante que en la sentencia el a quo no debió pronunciarse sobre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, porque tal estudio debe llevarse a cabo al momento de proveer sobre la admisión de la demanda.

Sobre el particular la Sala pone de presente que el artículo 304⁷ del Código de Procedimiento Civil impone como deber del Juez, al momento de dictar sentencia, el de pronunciarse expresa y claramente sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas.

Para la Sala carece de sustento jurídico el argumento del demandante pues debe resaltarse que todos los demandados propusieron, a título de excepción, la ineptitud de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral, circunstancia que obliga tanto al juez de primera instancia, como de segunda a pronunciarse sobre ese hecho.

Pero aún en el evento en el que no se proponga como excepción, el artículo 306 ídem, aplicable al Contencioso Electoral por remisión que a éste autoriza el

⁷ **“ARTÍCULO 304. Contenido de la sentencia.** En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a 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. La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, **las excepciones**, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código. (...)”. (Negrita fuera de texto)

artículo 267⁸ del Código Contencioso Administrativo, prevé que cuando un juez encuentra demostrados hechos constitutivos de excepción, debe declararla de oficio en la sentencia.

En consecuencia, este argumento del señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz, no está llamado a prosperar.

3.2 Sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad en el caso concreto.

Señala el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz que sí agotó el requisito de procedibilidad, toda vez que como las actas de escrutinio no fueron firmadas el día en que se declaró la elección y se expidieron las credenciales, tal situación le confería la oportunidad de reclamar.

El artículo 237 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 8° del Acto Legislativo 1° de 2009, establece en el párrafo, lo siguiente:

“(…)

Parágrafo.- Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, **antes de la declaratoria de elección**, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”.
(Negrita fuera de texto)

El requisito de procedibilidad instituido en el ordenamiento jurídico para poder acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción de nulidad electoral, exige que éste se cumpla antes de declararse la elección, por lo tanto y sin excepción, cualquier irregularidad en el proceso de votación y escrutinio que deba ponerse en conocimiento de las autoridades electorales tiene que hacerse previamente a que se declare la elección, pues de lo contrario, debe entenderse como no presentada.

⁸ **“ARTÍCULO 306. Resolución sobre excepciones.** Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.”.

En el asunto bajo examen está probado lo siguiente: (i) que el 11 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá, luego de suscribir el Acta General de Escrutinio que obra a folios 31 a 45 del expediente principal, declaró electos como Diputados del Departamento de Boyacá a los demandados, mediante el formulario E-26 expedido el mismo día a las 10:20 a.m., que aparece a los folios 16 a 30 del cuaderno principal; (ii) que el mismo 11 de noviembre de 2011, según se aprecia al folio 12 de cuaderno principal, a las 6:20 p.m. el señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz, radicó ante la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá reclamación y, (iii) que a través de la Resolución N° 047 de 11 de noviembre de 2011, la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá rechazó por extemporánea la reclamación del demandante atendiendo, precisamente, a que a las 10:20 a.m. de ese día se declaró la elección de los Diputados de la Asamblea de Boyacá.

Entonces, para la Sala es incuestionable que el actor no cumplió con la obligación de agotar el requisito de procedibilidad en la oportunidad prevista en la Constitución, pues si la elección demandada se declaró a las 10:20 a.m. del 11 de noviembre de 2011, ningún escrito posterior tenía la capacidad jurídica de acreditarlo. Era necesario ejercer el derecho a reclamar antes de la declaratoria de elección, que para el caso era, necesariamente antes de las 10:20 a.m. del citado día. El no hacerlo así implicaba la conformidad con el proceso de votación y escrutinio.

La finalidad de estas reclamaciones es depurar el proceso administrativo electoral, para que el resultado final contenido en la declaratoria de elección, sea el reflejo de la verdad. En esa medida ejercer las reclamaciones luego de conocer el resultado de la elección, como sucedió en este caso, donde el escrito se presentó 8 horas después de la declaratoria oficial de la elección no buscaba “enderezar” algún tipo de irregularidad, sino un interés particular de quien luego de no salir electo, se mostró inconforme con ello, entonces, se tradujo en la ausencia de cumplir con el requisito de procedibilidad.

Por último, frente al argumento del señor Reyneiro Hernando Flechas Díaz según el cual cuando presentó la reclamación el acta general de escrutinio no estaba firmada, el expediente está huérfano de prueba acerca de dicha afirmación y, por

el contrario, todos los documentos electorales allegados al expediente por el mismo demandante, se encuentran debidamente firmados tanto por los jurados de votación como por los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental.

Al no haberse logrado desvirtuar los fundamentos jurídicos expuestos por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia del 24 de agosto de 2011, la misma habrá de confirmarse.

*En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 24 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, atendiendo las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

L. JEANNETTE BERMUDEZ B.

ALBERTO YEPES BARREIRO