

ELECCION EN CORPORACIONES PUBLICAS - Sus miembros pueden actuar en bancada, o votar públicamente / REGIMEN DE BANCADAS - Naturaleza / ELECCION EN CORPORACIONES PUBLICAS - Puede ser nominal y pública, secreta o la excepcional prevista por el Legislador para casos expresamente relacionados en la Ley 5 de 1992 / ELECCION EN CORPORACIONES PUBLICAS - Modalidades / VOTO SECRETO - No se aplica en los casos en que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos / VOTACION EN CORPORACIONES PUBLICAS DE ELECCION POPULAR - Modalidades

El régimen de bancadas tiene fundamento en los artículos 108 y 133 de la Constitución Política. Estas disposiciones imponen dos reglas para las actuaciones en las Corporaciones Públicas de elección popular como lo son los concejos municipales. La primera, que sus miembros actúen en bancada, la segunda que voten públicamente. No obstante, esos mandatos estaban sujetos al desarrollo que hiciera el legislador quien, entre otros, podía introducir excepciones a una y otra. En ese sentido, la Ley 974 de 2005 prescribió que las bancadas están constituidas por los miembros de una misma organización política con asiento en las respectivas corporaciones públicas de elección popular (artículo 1º), precisa que la actuación en bancada será coordinada y en grupo (artículo 2º) y establece como excepción los asuntos de conciencia que definan los estatutos de cada partido o movimiento político (artículo 2º) y los casos en que expresamente se deje a los miembros en libertad de votar según su criterio individual (artículo 5º). Por su parte, la norma constitucional sobre votaciones en corporaciones públicas de elección popular, fue desarrollada en la Ley 5ª de 1992, modificada por la Ley 1431 de 2011, posterior a la implementación del régimen de bancadas, según la cual existen tres modalidades de votación: la ordinaria, para los casos expresamente relacionados en la misma ley (artículo 129); la nominal y pública que, en efecto, corresponde a la regla general (artículo 130) y la secreta, en el caso de las elecciones que debe efectuar dichos cuerpos colegiados por disposición constitucional y legal (artículo 131). Ahora bien, en el caso concreto se controvierte una elección realizada por el Concejo Municipal de Palmira, que conforme con las normas reseñadas se rige por la modalidad de votación secreta que, en principio, excluiría la posibilidad de realizar una votación nominal y pública. Sin embargo, con la inclusión del régimen de bancadas a nuestro ordenamiento jurídico se generó un debate en torno a si la votación secreta para las elecciones en estas corporaciones debe mantenerse, porque ella parece contradecir una de las características del régimen de bancadas: la publicidad de las actuaciones de sus miembros. En razón del pronunciamiento de la Corte Constitucional que, en sentencia C-1017 de 2012 analizó la exequibilidad del artículo 3, literal a) de la Ley 1431 de 2011, que modificó el 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 y del artículo 136, numeral 2º, también de la Ley 5ª de 1992, y fijó la interpretación que debía darse a esa normativa, al señalar que según la clase de elección, la votación debía ser pública en unos casos y secreta para otros, recogiendo de esa forma la interpretación que sobre el particular había efectuado esta Corporación. En el mencionado pronunciamiento declaró exequibles, entre otros, la expresión “en votación secreta” contenida en el numeral 2º del artículo 136 de la Ley 5ª de 1992 en “... el entendido que el voto secreto no aplica en los casos en que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, en cuyo caso la votación debe ser nominal y pública” De los apartes transcritos de las motivaciones que tuvo la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 que modificó el artículo 3, literal a) de la Ley 1431 de 2011, queda claro que la votación secreta es

constitucional, salvo en aquellas elecciones en las que la participación de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos representados en el Congreso de la República resulte ser el fundamento de la función electoral a él asignada, en donde la pertenencia al partido o movimiento determina la integración del organismo que debe ser elegido por esa Corporación. Esclarecido lo anterior, resulta procedente establecer si en aquellos eventos en los cuales no se impone la votación nominal y pública de conformidad con el régimen de bancadas, es ilegal utilizar un sistema de votación diferente al secreto. NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-1017 de 2012, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 108 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 133 / LEY 964 DE 2005

VOTO SECRETO - Es exigible para las elecciones de carácter popular / VOTO SECRETO - Es garante de la libertad de los electores para que no exista ninguna interferencia en su voluntad / ELECCION EN CORPORACIONES PUBLICAS - Cuando no se impone la votación nominal y pública, es válido que se vote de manera secreta o pública y ello no genera nulidad de la elección / SISTEMA DE VOTACION - Cuando una elección no deba ser votada de forma pública, el elector puede decidir el sistema de votación que va a emplear público o secreto / VOTACION SECRETA - No es un imperativo legal sino una posibilidad a la cual pueden acudir los miembros de la corporación

El voto secreto es exigible para las elecciones de carácter popular, como una garantía de la libertad de los electores que permite garantizar el funcionamiento del sistema democrático y participativo; el voto, entendido como un derecho de carácter individual y subjetivo de todo ciudadano, en los términos del artículo 258 de la Constitución, exige del Estado tomar todas las previsiones para garantizar que no exista ninguna interferencia entre la voluntad del elector y su decisión final en las urnas, pero de ello no se sigue que cuando el voto sea la manifestación de una función electoral deba observar igualmente la característica del secreto, pues, en este caso, se impone la garantía de otros fines, igualmente legítimos desde la perspectiva constitucional, como es el caso del fortalecimiento de los partidos y su régimen disciplinario, razón última de la reforma constitucional que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, que obliga al ejercicio del voto como nominal y público. Sin embargo, el que deontológicamente una elección no deba ser a través del voto público, no implica que se deba verificar necesariamente de forma secreta. Entonces, la pregunta que debe ser resulta es ¿por qué puede y no debe se aplicada la regla del voto secreto? Porque si precisamente lo que se buscaba con la implementación de esta excepción era dejar en libertad al elector y proteger su fuero individual, es a él al que le corresponde decidir si hace uso del voto secreto o público. Es decir, salvo en aquellos eventos en los cuales no se impone legalmente la votación nominal y pública, es absolutamente válido que se vote mediante cualquiera de las dos formas enunciadas, esto es, de manera secreta o pública, sin que la expresión de esas formas de votación según el querer del elector, pueda afectar la votación correspondiente, es decir, esa no puede ser una causa para declarar la nulidad del acto de elección. Por tanto, cada elector podrá votar según su criterio, por cuanto la ley no lo circunscribe al voto público. En conclusión, cuando se trata de elecciones en las que no se exige que el voto sea nominal y público, es decir, en los casos en que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, el voto secreto es potestativo, por cuanto corresponde a cada uno de los miembros de la corporación de elección popular, decidir en su fuero interno si quiere votar en forma secreta o pública. Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-1017 de 2012, al

aclarar que la votación secreta no es un imperativo legal, sino una posibilidad a la cual pueden acudir los miembros de la corporación, en los casos señalados. La Corte Constitucional destacó que el voto secreto es una excepción válida que el legislador quiso introducir al sistema de votación nominal y público; sin embargo, señaló que “Por la forma como está redactado el literal a) del artículo 3 de la Ley 1431 de 2011, se infiere que la votación secreta tampoco es un imperativo legal en todos los casos, sino una posibilidad a la cual pueden acudir los Congresistas. El voto secreto no es impuesto por legislador, el mismo es potestativo. En efecto, la norma acusada señala que esta modalidad de votación ‘sólo se presentará’ ‘cuando se deba hacer [una] elección’, lo que no excluye que, en dicho escenario, los parlamentarios decidan autónomamente dar a conocer el sentido de su voto” Esto significa que en una elección que no tenga que ser votada de forma pública, cada elector puede decidir el sistema de votación que va a emplear -público o secreto-, sin que hacerlo de una u otra manera, traiga como consecuencia la nulidad de la elección.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-1017 de 2012, Corte constitucional.

CONTRALOR MUNICIPAL - Elección puede ser por votación pública o secreta / CONCEJO MUNICIPAL - No desconoció las normas constitucionales y legales al elegir a la contralora mediante votación secreta

La Ley 136 de 1994 en su artículo 158, respecto de la elección de los contralores municipales, establece: “Contralores Municipales. En aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores se elegirán dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el Concejo para un período igual al de los alcaldes de ternas integradas con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio, con no menos de un (1) mes de antelación” Por tanto, es claro que para el cargo de contralor municipal, no se vislumbra una razón deontológica para exigir que su elección en el Concejo deba ser mediante voto público, por cuanto: i) no es un órgano político; ii) ejerce una función que consiste en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, función pública de carácter técnico que no requiere para su ejercicio de la existencia de un equilibrio en la representación de las fuerzas políticas con asiento en el órgano llamado a elegirlo; y, iii) su elección se realiza a partir de ternas conformadas por el Tribunal de Distrito y el Administrativo; esto es, la conformación partidista o de movimiento político no determina la elección de este funcionario público. Con fundamento en lo anterior, se concluye que por la naturaleza del cargo, sus funciones y la forma de elección, la participación “de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos” representados en el Concejo no resulta ser el fundamento de la función electoral a él asignada; de manera que en estos casos la forma de votación no tiene que ser obligatoriamente nominal pública en aplicación del régimen de bancadas, de lo cual se desprende, entonces, que para estas elecciones la votación puede ser la secreta y, en consecuencia, es válido utilizar tanto la votación secreta como la pública, a decisión del elector, como se indicó en precedencia. En el caso concreto para el demandante, el artículo 131 de la Constitución Política fue quebrantado, porque si bien el voto secreto es una de las excepciones al voto nominal y público, en los casos de la elección de funcionarios públicos; con la incorporación del sistema de bancadas, el partido o movimiento político puede decidir que sus miembros voten de manera nominal y pública; como sucedió en el caso concreto con el Partido de la U, situación que, a juicio de la demandante, fue pasada por alto, viciando de nulidad la elección demandada. Lo expuesto en otros acápite de esta providencia, permite concluir que el Concejo municipal de Palmira

al elegir a la Contralora Municipal demandada, mediante una votación secreta, no desconoció las normas constitucionales y legales enunciadas por el demandante. Es importante advertir que al momento de la votación ninguno de los voceros de los partidos señaló su interés de votar en forma pública y nominal, aspecto que solo ocurrió una vez se verificó la elección, momento para el cual no se consideró la posibilidad de repetir la elección y la propuesta en ese sentido no fue aprobada. Por tanto, la votación secreta en el presente caso, en razón de la naturaleza del cargo objeto de elección era válida, y, en consecuencia, se ajustó a la normativa constitucional y legal. En ese orden de ideas, el único cargo de la demanda no estaba llamado a prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00110-02

Actor: MARIA DEL SOCORRO BUSTAMANTE DE LENGUA

Demandado: CONTRALORA DEL MUNICIPIO DE PALMIRA

Surtido el trámite legal correspondiente, la Sala se dispone a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en el que se demandó la nulidad de la elección de la Contralora del municipio de Palmira, período 2012-2016.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 9 de enero de 2012, el Concejo municipal de Palmira eligió a Yolima Herrera García como Contralora para ese ente territorial, de la terna integrada por dos candidatos seleccionados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y otro por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1.2. La elección se hizo en forma secreta, en los términos de los artículos 131 y 136 de la Ley 5ª de 1992.

1.3. Culminada la elección, el Concejal Juan Carlos Luna presentó una proposición para que se votara de manera nominal y pública de conformidad con la Ley 974 de

2005, ley de bancadas, y a esta proposición se sumaron algunos concejales; sin embargo, esta iniciativa fue sometida a votación y fue rechazada por 10 votos de los 19 concejales que componen ese órgano de representación.

1.4. El Partido de la U, por medio de su vocero, hizo entrega al Secretario General del Concejo, del Acta No. 02 del 7 de enero de 2012, en la que ese partido postuló candidatos para los cargos de personero y contralor municipal de Palmira.

2. Pretensiones

La ciudadana María del Socorro Bustamante de Lengua, en ejercicio de la acción electoral, demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la nulidad del acto mediante el cual el Concejo municipal de Palmira eligió a Yolima Herrera García como Contralora de ese municipio para el período 2012-2016. Como consecuencia de lo anterior, solicitó (fls. 73 al 97):

“ (...) se ordene al Concejo municipal de Palmira, llevar a cabo una nueva elección del Contralor municipal para la ciudad de Palmira, guardando todas las normas legales referentes al voto nominal y público y la ley de bancadas”.

3. Normas violadas y concepto de violación

En criterio de la demandante, la elección cuestionada desconoció los artículos 108 y 133 de la Constitución Política, y 4º de la Ley 974 de 2005.

Cargo único: El artículo 133 de la Constitución Política establece que los votos de los miembros de cuerpos colegiados de elección popular son nominales y públicos, excepto en los casos que determine la ley.

En ese orden, el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992, modificado por la Ley 1431 de 2011, establece **el voto secreto** como una de las excepciones al voto nominal y público, en los casos de la elección de funcionarios públicos; sin embargo, con la incorporación del sistema de bancadas, el partido o movimiento político puede decidir que sus miembros voten de manera nominal y pública con el objeto de verificar que estos respeten el sentido de la orientación de aquella; como lo hizo el Partido de la U, situación que, a juicio de la demandante, no se tuvo en cuenta, con lo que se infringió la ley de bancadas.

Para reforzar lo anterior, citó la sentencia de 6 de octubre de 2011, mediante la cual, el Consejo de Estado, Sección Quinta al decidir sobre la nulidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral señaló que el voto secreto se diluye frente al sistema de bancadas, en el cual se impone la votación nominal y pública.

4. Contestación de la demanda

4.1. Curadora *ad litem* de la Contralora. Es importante advertir que ante la imposibilidad de notificar a la demandada, se le nombró curador *ad litem*, razón por la que contestó la demanda, en el sentido de señalar que no le constan los hechos en que se fundamentó la demanda, y que en caso de encontrarse probados no se opone a sus pretensiones (fls. 273 y 274 Cno No. 1). Sin embargo, en el término de la fijación en lista, la demandada se hizo parte en el proceso de la referencia.

4.2. Demandada Yolima Herrera García, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda porque consideró que los actos expedidos por el Concejo municipal de Palmira se ajustaron a la ley y al Reglamento Interno de esa Corporación (fls. 244 al 267 Cno No. 1).

Frente al único cargo argumentó que la regla general en las corporaciones públicas es que la votación sea nominal y pública, salvo en los casos que establezca la ley, como sucede cuando se trata de la elección de funcionarios, evento en el cual la regla es la votación secreta.

Respecto de las referencias a la sentencia del Consejo de Estado, manifestó que esta no se aplica al caso concreto, por cuanto el fundamento de la decisión de declarar la nulidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, consistió en que la votación secreta del Congreso resultaba inconstitucional por: i) **el evidente origen político del CNE y sus funciones de vigilancia y control de la función electoral;** ii) la finalidad de las reformas constitucionales de 2003 y 2009; y, iii) la contradicción de la votación secreta y las reformas mencionadas en el caso de esa elección.

En este orden de ideas, señaló que la votación secreta no está prohibida en las corporaciones públicas cuando ejercen funciones electorales, cuando la elección

no se justifique deontológicamente en la directriz del partido o movimiento por disposición constitucional o legal; como sucede en la elección de los contralores municipales que no tienen origen político y sus funciones son de carácter técnico y especializado en la función de control fiscal, caso en el cual opera la votación secreta.

5. Alegatos de conclusión

5.1. La demandante en sus alegatos de conclusión solicitó tener como no contestada la demanda y no tener en cuenta la práctica de las pruebas solicitadas por la Contralora demandada. Señaló que el término de contestación es de 5 días contados a partir de la notificación del auto admisorio, notificación que se surtió el 15 de agosto de 2012; de manera que como la contestación se radicó el 24 de agosto de 2012, fue extemporánea (fls. 349 al 368).

Manifestó que en caso de no acceder a lo anterior, reiteraba los argumentos expuestos en la demanda en relación con el desconocimiento de la ley de bancadas que exigía una votación nominal y pública.

5.2. El apoderado del demandado en sus alegatos de conclusión señaló que la votación secreta en el ejercicio de las funciones electorales por parte de las corporaciones públicas se encuentra vigente, precisamente en aquellos casos en los cuales la elección no tiene origen político, y las bancadas no tienen el deber constitucional o legal de postular candidatos, como sucede en la elección de contralor municipal. Agregó que la *"indisciplina de partido"* no da lugar a la nulidad de los actos de elección, salvo en los casos que sea un deber votar en forma nominal y pública.

6. Fallo recurrido

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Sala de Conjuces, en sentencia de 22 de marzo de 2013 decidió **denegar** las pretensiones de la demanda (fls. 463 al 500 del Cno No. 3).

Respecto de la solicitud de la demandante de tener como no contestada la demanda por extemporánea, señaló que no debe confundirse el acto de notificación del auto admisorio y el término de fijación en lista, siendo este último el

momento para contestar la demanda. Revisado el expediente, se encontró que a folio 167 constaba la nota secretarial según la cual la fijación en lista fue entre el 24 de agosto de 2012 a las 8 am, hasta el 28 del mismo mes y año a las 5 pm., y la demanda se contestó el 24 de agosto, es decir, dentro del término legal.

Para fundamentar su decisión, consideró que le asistía la razón a la parte demandante, por cuanto la regla general en las corporaciones públicas es que la votación sea nominal y pública, salvo en los casos que establezca la ley, como sucede cuando se trata de la elección de funcionarios, evento en el cual la regla es la votación secreta. No obstante, con el sistema de bancadas, el partido o movimiento político puede decidir que sus miembros voten de manera nominal y pública con el objeto de verificar que estos respeten el sentido de la orientación de la bancada.

Se refirió a la C-1017 de 2012, en la que la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del literal 3° de la Ley 1431 de 2011, señaló, entre otras cosas, que la modalidad de votación secreta debe operar en dos eventos, uno de ellos, cuando se trate de integrar otros órganos del Estado a partir de ternas presentadas a su consideración por otros poderes públicos, *“v.gr. Defensor del Pueblo, Contralor, etc”*, pues en estos casos no cabe duda que la consagración del voto secreto garantiza plenamente la preservación de la independencia y la libertad del elector, sin coacciones externas que nublen su juicio.

Luego, analizó el acta de la sesión en la cual se realizó la elección demandada y los testimonios de los concejales, para señalar que estos *“no tenían una directriz de sus respectivas bancadas para que el voto fuera nominal y público, pues no de otro modo se entendería que la mayoría de los miembros del Concejo pertenecientes al partido de la U, desatendieran la supuesta orden dada por su partido político, pues no sólo eligieron la modalidad de voto secreto para la elección de la contralora, sino que también ante la nueva proposición del Concejal Luna, de retrotraer la elección (...) fuera derrotada”*.

En ese orden de ideas, concluyó que la votación secreta no vulneró las disposiciones relativas al régimen de bancadas y, en caso de que se aceptara que hubo una directriz de partido, y que los concejales la desconocieron, son los partidos internamente los que deberían determinar las sanciones a que haya lugar.

7. Recurso de apelación

La demandante, dentro de la oportunidad legal, presentó y sustentó el recurso de apelación contra de la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Conjuces (fls. 523 al 537).

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en el sentido de que la elección de la contralora municipal desconoció lo dispuesto en la Ley 974 de 2005, de bancadas, por cuanto, se realizó mediante votación secreta, pese a que existía una directriz del Partido de la U; lo cual, a su juicio, hacía obligatoria la votación nominal y pública.

8. Intervenciones en segunda instancia

8.1. La demandante en sus alegatos de conclusión señaló que la sentencia de primera instancia desconoció abiertamente el sistema de bancadas que tiene rango constitucional y la jurisprudencia de las altas cortes que respaldan la legalidad de la votación nominal y pública, en casos como el de la elección de contralora municipal (fls. 550 al 554).

8.2. El demandado no presentó alegatos en segunda instancia.

9. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Mediante escrito presentado el 29 de agosto de 2013, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, en encargo, solicitó confirmar la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en cuanto negó las pretensiones de nulidad del acto de elección de Yolima Herrera García como Contralora del municipio de Palmira (fls. 556 al 663).

Señaló que la votación secreta es válida, por cuanto es una de las excepciones a la votación nominal y pública cuando la elección no sea de aquellas en las que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos y, en ese sentido, la elección de la demandada se debe mantener incólume.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A., esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera grado por los tribunales administrativos y, de conformidad con el segundo inciso del numeral 8° del artículo 132 corresponde a estos tribunales conocer en primera instancia los asuntos relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos, entre otros, por los concejos municipales en poblaciones mayores de 70.000 habitantes.

2. Objeto de la impugnación

La apelante impugnó la decisión del Tribunal en relación con la decisión de desestimar las pretensiones de la demanda con fundamento en que el acto de elección, a su juicio, es ilegal debido a que el sistema de votación empleado fue el secreto, a pesar de que considera que con la incorporación del régimen de bancadas, las elecciones se deben realizar mediante el voto nominal y público.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el acto de elección de la Contralora del municipio de Palmira debía agotar el sistema de votación público o nominal o secreto.

Para resolver el único cargo, esta Sala estudiará: i) los sistemas de votación en las corporaciones de elección popular; ii) el voto secreto como potestativo; iii) la naturaleza de la votación para las elecciones de contralores municipales; para finalmente, v) examinar el caso concreto.

4. El régimen de bancadas y los sistemas de votación

El régimen de bancadas tiene fundamento en los artículos 108 y 133 de la Constitución Política que en su orden y en la parte que interesa a este asunto, establecen lo siguiente:

*“Artículo 108. Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2009. (...) Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos **actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley** y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas. (...)”*

*“Artículo 133. Modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 1 de 2009. Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. **El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.** (...)”* (Negrillas fuera de texto).

Estas disposiciones imponen dos reglas para las actuaciones en las Corporaciones Públicas de elección popular como lo son los concejos municipales. La primera, que sus miembros actúen **en bancada**, la segunda que **voten públicamente**. No obstante, esos mandatos estaban sujetos al desarrollo que hiciera el legislador quien, entre otros, podía introducir excepciones a una y otra.

En ese sentido, la Ley 974 de 2005 prescribió que las bancadas están constituidas por los miembros de una misma organización política con asiento en las respectivas corporaciones públicas de elección popular (artículo 1º), precisa que la actuación en bancada será coordinada y en grupo (artículo 2º) y establece como excepción los asuntos de conciencia que definan los estatutos de cada partido o movimiento político (artículo 2º) y los casos en que expresamente se deje a los miembros en libertad de votar según su criterio individual (artículo 5º).

Por su parte, la norma constitucional sobre votaciones en corporaciones públicas de elección popular, fue desarrollada en la Ley 5ª de 1992, modificada por la Ley 1431 de 2011, posterior a la implementación del régimen de bancadas, según la cual existen tres modalidades de votación: **la ordinaria**, para los casos expresamente relacionados en la misma ley (artículo 129); **la nominal y pública** que, en efecto, corresponde a la regla general (artículo 130) y **la secreta**, en el caso de las **elecciones** que debe efectuar dichos cuerpos colegiados por disposición constitucional y legal (artículo 131).

Ahora bien, en el caso concreto se controvierte una elección realizada por el Concejo municipal de Palmira, que conforme con las normas reseñadas se rige por la modalidad de **votación secreta** que, en principio, excluiría la posibilidad de realizar una votación nominal y pública.

Sin embargo, con la inclusión del régimen de bancadas a nuestro ordenamiento jurídico se generó un debate en torno a si la votación secreta para las elecciones en estas corporaciones debe mantenerse, porque ella parece contradecir una de las características del régimen de bancadas: la publicidad de las actuaciones de sus miembros.

Vale la pena destacar que la discusión suscitada, ha pasado por varios estadios en la jurisprudencia de esta Corporación. Inicialmente, en el caso de la elección del Secretario de una Comisión Constitucional Permanente de una de las Cámaras del Congreso, esta Sección afirmó **que la votación secreta era incompatible con la actuación en bancadas**, porque solo la votación nominal y pública permitía a las organizaciones políticas verificar si sus miembros acataron la directriz impartida¹.

Después se morigeró esa postura, para señalar que las normas sobre votación secreta de la Ley 5ª de 1992 no estaban derogadas, sino que resultaban inaplicables cuando existiera i) una directriz de bancada y ii) una justificación deontológica para votar públicamente que, en el caso de los magistrados del Consejo Nacional Electoral obedecía a la naturaleza política del órgano que integraban². Este último criterio fue avalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1017 de 2012, a la que se hará referencia más adelante³.

Igualmente, cuando se analizó la elección de la Contralora General de la República, precisamente se validó la votación secreta que hizo el Congreso de la República, en razón a la inexistencia de esa justificación deontológica para que el voto fuera nominal y público, sin perjuicio de los acuerdos de bancada, que llevaron a algunos partidos y movimientos políticos a votar de forma nominal y pública.

El anterior recorrido jurisprudencial evidenciaba que el tipo de votación en el ejercicio de la función electoral en las corporaciones de elección popular se hacía depender de la naturaleza del cargo a proveer.

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de marzo de 2007, Rad. 4120, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de octubre de 2011, Rad. 11001032800020100012000, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1017 de 28 de noviembre de 2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sin embargo, la discusión quedó atrás en razón del pronunciamiento de la Corte Constitucional que, en sentencia C-1017 de 2012 analizó la exequibilidad del artículo 3, literal a) de la Ley 1431 de 2011, que modificó el 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 y del artículo 136, numeral 2º, también de la Ley 5ª de 1992, y **fijó la interpretación que debía darse** a esa normativa, al señalar que según la clase de elección, la votación debía ser pública en unos casos y secreta para otros, recogiendo de esa forma la interpretación que sobre el particular había efectuado esta Corporación⁴.

En el mencionado pronunciamiento declaró exequibles, entre otros, la expresión **“en votación secreta”** contenida en el numeral 2º del artículo 136 de la Ley 5ª de 1992 en *“... el entendido que el voto secreto **no aplica** en los casos en que por mandato constitucional y legal **se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, en cuyo caso la votación debe ser nominal y pública**”* (Negrilla fuera de texto).

Esa decisión se fundamentó en que *“el ejercicio de la función electoral por parte del Congreso de la República, no es igual en todos los casos, ni siempre responde a los mismos objetivos constitucionales”*, pues se imponía distinguir tres modalidades de elección, a saber:

La **primera** que busca asegurar la composición de otros órganos del Estado, a partir de ternas que le son presentadas a su consideración por otros poderes públicos, **en las que el voto secreto “garantiza plenamente la preservación de la independencia y de la libertad del elector”**.

La **segunda**, *“en la que se participa de forma directa en la conformación del poder político, a través de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos”*, en la que el voto secreto pierde su razón de ser, porque cobra relevancia el régimen de bancadas, *“con el fin de evitar el transfuguismo de los miembros de una colectividad que ha tomado partido con la presentación pública de un candidato y que, por ese mismo hecho, ha fijado con anterioridad el sentido de su votación. Como ejemplos se encuentran la elección de los integrantes de*

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de octubre de 2011, Rad. 11001032800020100012000, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

cada una de las comisiones constitucionales permanentes (CP art. 142) y de los magistrados que integran el Consejo Nacional Electoral (CP art. 264)”.

Para el Tribunal Constitucional en aplicación de lo que esta Corporación como máximo órgano de lo contencioso ha sostenido, señaló que, en estos eventos:

“No cabe ... la votación secreta ya que, deontológicamente, como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, existe un deber ser que no permite la procedencia de esta modalidad de votación, el cual se origina en la necesidad de salvaguardar el régimen de bancadas ante la participación directa de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos en la postulación pública de candidatos y en la conformación del poder político, de acuerdo con la composición partidista de los cuerpos colegiados de representación popular. No se busca garantizar la independencia y la libertad del elector, pues ya se ha dado a conocer la opción que se apoya, sino de asegurar un mínimo de coherencia y solidez en el proceso de adopción de decisiones por parte de las organizaciones políticas.”

La **tercera**, que se verifica en aquellos casos que la elección tiene como fundamento la libertad de cada uno de los miembros del Congreso para postular y elegir, razón que justifica la votación secreta. En relación con este punto se dijo:

“En esta modalidad de elección -más allá de los intereses colectivos de una organización política- la Corte encuentra que existe la necesidad de preservar el criterio individual del congresista, en lo referente al examen y valoración de la idoneidad y experticia de la persona que es postulada para ejercer un cargo y que se somete a un proceso de elección, por lo que adquiere de nuevo relevancia el voto secreto, con la finalidad de garantizar la independencia congresional, con unas elecciones libres y sin coacciones.”

De los apartes transcritos de las motivaciones que tuvo la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 que modificó el artículo 3, literal a) de la Ley 1431 de 2011, queda claro que **la votación secreta es constitucional, salvo en aquellas elecciones en las que la participación de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos representados en el Congreso de la República resulte ser el fundamento de la función electoral a él asignada**, en donde la pertenencia al partido o movimiento determina la integración del organismo que debe ser elegido por esa Corporación.

5. Votación secreta como potestativa

Esta Sección en providencia del 6 de octubre de 2011, al analizar la razón de ser del voto secreto y la ley de bancada indicó que *“el principio universal del voto secreto para la protección de la libertad de los electores no puede ser la regla general en relación con el acto colectivo por medio del cual las cámaras y sus comisiones declaran su voluntad respecto de una iniciativa o asunto de interés general”*⁵.

Es decir, el voto secreto es exigible para las elecciones de carácter popular, como una garantía de la libertad de los electores que permite garantizar el funcionamiento del sistema democrático y participativo⁶; el voto, entendido como un derecho de carácter individual y subjetivo de todo ciudadano, en los términos del artículo 258 de la Constitución, exige del Estado tomar todas las previsiones para garantizar que no exista ninguna interferencia entre la voluntad del elector y su decisión final en las urnas, **pero de ello no se sigue que cuando el voto sea la manifestación de una función electoral deba observar igualmente la característica del secreto, pues, en este caso, se impone la garantía de otros fines, igualmente legítimos desde la perspectiva constitucional, como es el caso del fortalecimiento de los partidos y su régimen disciplinario**, razón última de la reforma constitucional que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, que obliga al ejercicio del voto como nominal y público⁷.

Sin embargo, como se precisó en precedencia, el que **deontológicamente** una elección no deba ser a través del voto público, no implica que se deba verificar necesariamente de forma secreta. Entonces, la pregunta que debe ser resulta es ¿por qué **puede** y no **debe se aplicada la regla del voto secreto?**

Porque si precisamente lo que se buscaba con la implementación de esta excepción era dejar en libertad al elector y proteger su fuero individual, es a él al que le corresponde decidir si hace uso del voto secreto o público⁸. Es decir, salvo en aquellos eventos en los cuales **no se impone legalmente la votación nominal y pública, es absolutamente válido que se vote** mediante cualquiera de las dos formas enunciadas, esto es, de manera secreta o pública, sin que la

⁵CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 6 de octubre de 2011. Proceso 11001-03-28-000-2010-00120-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-324 de 1994; T-446 de 1994; C-337 de 1997; C-142 de 2001; T-473 de 2003 y C-490 de 2011.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 5 de junio de 2012. Expediente: 11001-03-28-000-2010-00115-00.

⁸ *Ibidem*.

expresión de esas formas de votación según el querer del elector, pueda afectar la votación correspondiente, es decir, esa no puede ser una causa para declarar la nulidad del acto de elección. Por tanto, cada elector podrá votar según su criterio, por cuanto la ley no lo circunscribe al voto público.

En conclusión, cuando se trata de elecciones en las que **no** se exige que el voto sea nominal y público, es decir, *en los casos en que por mandato constitucional y legal se impone a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, el voto secreto es potestativo*, por cuanto corresponde a cada uno de los miembros de la corporación de elección popular, decidir en su fuero interno si quiere votar en forma secreta o pública.

Así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-1017 de 2012, antes referenciada, al aclarar que **la votación secreta no es un imperativo legal, sino una posibilidad a la cual pueden acudir los miembros de la corporación**, en los casos señalados.

La Corte Constitucional destacó que el voto secreto es una excepción válida que el legislador quiso introducir al sistema de votación nominal y público; sin embargo, señaló que *“Por la forma como está redactado el literal a) del artículo 3 de la Ley 1431 de 2011, se infiere que **la votación secreta tampoco es un imperativo legal en todos los casos, sino una posibilidad a la cual pueden acudir los Congresistas**. El voto secreto no es impuesto por legislador, **el mismo es potestativo**. En efecto, la norma acusada señala que esta modalidad de votación ‘sólo se presentará’ ‘cuando se deba hacer [una] elección’, **lo que no excluye que, en dicho escenario, los parlamentarios decidan autónomamente dar a conocer el sentido de su voto**”* (Negrillas y subrayados fuera de texto).

Esto significa que en una elección que **no** tenga que ser votada de forma pública, cada elector puede decidir el sistema de votación que va a emplear -público o secreto-, sin que hacerlo de una u otra manera, traiga como consecuencia la nulidad de la elección.

6. Elección de los contralores municipales: ¿votación pública o secreta?

En relación con la naturaleza y funciones de las contralorías, el artículo 4 de la Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, dispone:

“ARTICULO 4. El control fiscal es una función pública, la cual **vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado** en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme a los procedimientos, sistemas, y principios que se establecen en la presente Ley” (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” en su artículo 158, respecto de la elección de los contralores municipales, establece:

“ARTICULO 158. CONTRALORES MUNICIPALES. En aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores **se elegirán** dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el Concejo para un período igual al de los alcaldes **de ternas integradas con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio, con no menos de un (1) mes de antelación”** (Negrillas fuera de texto).

Por tanto, es claro que para el cargo de contralor municipal, no se vislumbra una razón deontológica para exigir que su elección en el Concejo deba ser mediante **voto público**, por cuanto: **i)** no es un órgano político; **ii)** ejerce una función que consiste en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, función pública de carácter técnico que no requiere para su ejercicio de la existencia de un equilibrio en la representación de las fuerzas políticas con asiento en el órgano llamado a elegirlo; y, **iii)** su elección se realiza a partir de ternas conformadas por el Tribunal de Distrito y el Administrativo; esto es, **la conformación partidista o de movimiento político no determina la elección de este funcionario público.**

Con fundamento en lo anterior, se concluye que por la naturaleza del cargo, sus funciones y la forma de elección, la participación “de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos” representados en el Concejo **no**

resulta ser el fundamento de la función electoral a él asignada; de manera que en estos casos la forma de votación no tiene que ser **obligatoriamente** nominal pública en aplicación del régimen de bancadas, de lo cual se desprende, entonces, que para estas elecciones la votación **puede** ser la secreta y, en consecuencia, es válido utilizar tanto la votación secreta como la pública, a decisión del elector, como se indicó en precedencia.

7. Análisis del caso concreto

Para el demandante, el artículo 131 de la Constitución Política fue quebrantado, porque si bien **el voto secreto** es una de las excepciones al voto nominal y público, en los casos de la elección de funcionarios públicos; con la incorporación del sistema de bancadas, el partido o movimiento político puede decidir que sus miembros voten de manera nominal y pública; como sucedió en el caso concreto con el Partido de la U, situación que, a juicio de la demandante, fue pasada por alto, viciando de nulidad la elección demandada

Lo expuesto en otros acápite de esta providencia, permite concluir que el Concejo municipal de Palmira al elegir a la Contralora Municipal demandada, mediante una **votación secreta**, **no** desconoció las normas constitucionales y legales enunciadas por al demandante.

Es importante advertir que al momento de la votación ninguno de los voceros de los partidos señaló su interés de votar en forma pública y nominal, aspecto que solo ocurrió una vez se verificó la elección, momento para el cual no se consideró la posibilidad de repetir la elección y la propuesta en ese sentido no fue aprobada. Por tanto, la votación secreta en el presente caso, en razón de la naturaleza del cargo objeto de elección era válida, y, en consecuencia, se ajustó a la normativa constitucional y legal.

En ese orden de ideas, el único cargo de la demanda no estaba llamado a prosperar.

Con fundamento en lo expuesto, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia, objeto de apelación, que denegó las pretensiones de nulidad de la elección mediante la cual el Concejo municipal de Palmira eligió a la señora Yolima Herrera García como su contralora.

III. DECISION

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 sentencia de 22 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la anterior decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: DEVOLVER al tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO