

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **MAURICIO TORRES CUERVO**

Bogotá, diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación 050012331000200800266 02

Radicación interna No. 2008 - 0266

Demandante: Henry Paulison Gómez Montoya

Demandada: Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello

Apelación Sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de septiembre de 2008 mediante la cual inaplicó por inconstitucional el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 y denegó la pretensión de nulidad de la elección de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello.

1. ANTECEDENTES

El demandante en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó que: **1)** se declare la nulidad de la elección de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello realizada el 2 de enero de 2008 y; **2)** se le ordene al Concejo Municipal de Bello recomponer su mesa directiva permitiendo que la Primera Vicepresidencia se otorgue al Movimiento Alas Equipo Colombia.

Para sustentar las pretensiones afirmó que en las elecciones realizadas el 28 de octubre de 2007 el Concejo Municipal de Bello quedó conformado por los siguientes partidos y movimientos políticos:

PARTIDO – MOVIMIENTO	VOTOS	CURULES OBTENIDAS
Movimiento Alas Equipo Colombia	22.779	5
Partido Liberal Colombiano	19.707	5
Movimiento Apertura Liberal	11.740	3
Movimiento Bello Unido	10.545	2
Partido Social de Unidad “Partido de la U”	7.938	2
Partido Cambio Radical	6.606	1
Partido Convergencia Ciudadana	5.150	1

Sostuvo que en el Concejo Municipal de Bello se formó una coalición entre el Partido Liberal Colombiano, el Movimiento Apertura Liberal, el Partido de la “U” y el Partido Convergencia Ciudadana y así, conformaron la mayoría y obtuvieron la Presidencia, la Primera Vicepresidencia y la Segunda Vicepresidencia.

Indicó que la mayoría entre las minorías es el Movimiento Alas Equipo Colombia, por tanto, era a éste a quien le correspondía ocupar la Primera Vicepresidencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 para garantizar el equilibrio político y la transparencia en la asignación de los recursos públicos. (fls. 1 a 8)

1.2. Contestación de la demanda.

Los demandados no contestaron la demandada.

1.3. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda mediante auto de 25 de marzo de 2008 (fls. 58 a 62); por auto de 2 de julio de 2008 abrió el proceso a pruebas (fls. 101). Por auto de 10 de julio de 2008 ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y entregar el expediente al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (fl. 112).

1.4. Alegatos.

1.4.1. El demandante reiteró los hechos y razones que expuso en la demanda. (fls. 113 a 118)

1.4.2. Los demandados por conducto de apoderado señalaron que es diferente la coalición política a los partidos o movimientos políticos que la integran, que la coalición a diferencia de los partidos o movimientos políticos no tiene personería jurídica.

Indicó que en el caso en estudio el Partido Alas Equipo Colombia fue el de mayor votación, y el Partido Liberal Colombiano, que fue el segundo más votado; en consecuencia, es el partido mayoritario de las minorías el que tiene derecho a la Primera Vicepresidencia de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello. (fls.119 a 124)

1.5. Concepto del Ministerio Público en la primera instancia.

El Agente del Ministerio Público luego de transcribir varios artículos de la Constitución Política y de las Leyes 136 de 1994 y 974 de 2005, solicitó que se declarara la nulidad de la elección de la Mesa Directiva porque en la primera sesión del Concejo Municipal de Bello, celebrada el 2 de enero de 2008, no se realizó el registro ante la Secretaría de la Corporación de los nombres y apellidos de los integrantes de las bancadas, de sus voceros, ni se especificó la organización interna de cada una de ellas. (fls. 125 a 131).

1.6. La sentencia apelada.

Es la proferida el 18 de septiembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual **inaplicó por inconstitucional el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 y denegó la pretensión de nulidad de la elección de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello.**

El *a quo* indicó que el artículo 112 de la Constitución Política determinó que los partidos y movimientos políticos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos, pero señaló en forma expresa que una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

Teniendo en cuenta que el precepto legal del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 está contenido en una ley ordinaria y no en una de carácter estatutaria, y que respecto de él no existe pronunciamiento de la Corte Constitucional, el Tribunal aplicó la excepción de inconstitucionalidad.

Señaló que la representación en las corporaciones públicas de elección popular será mayoritaria o minoritaria, según el número de curules que obtengan los partidos o movimientos políticos, y que en el caso concreto del Concejo Municipal de Bello el movimiento mayoritario es Alas Equipo Colombia que obtuvo 5 curules, resultando minoritarios los demás; como el Partido Liberal Colombiano que es el mayoritario entre las minorías y el Primer Vicepresidente del Concejo forma parte de esta colectividad, por tanto, la elección demandada es ajustada a su único referente normativo, el inciso 2° del artículo 112 de la Constitución Política. (fls. 133 a 145)

La doctora Edda Estrada Álvarez salvó su voto porque consideró que no se debió inaplicar por inconstitucional el artículo 28 de la Ley 136 de 1994, y que la sentencia se contradice porque establece la mayoría y minoría en el Concejo Municipal de Bello pero igualmente afirmó que hace falta una ley estatutaria que regule esta materia. (fls. 146 y 147)

1.7. La apelación

El demandante apeló la sentencia porque consideró que el artículo 112 superior es suficiente para que se respete el derecho de las minorías dentro de las corporaciones públicas, indistintamente de que exista o no norma legal que regule la materia.

Insistió en que como consecuencia de la coalición política el Movimiento Alas Equipo Colombia quedó como la mayoría entre las minorías, y que el Partido Liberal Colombiano en una clara posición hegemónica obtuvo la Presidencia y la Primera Vicepresidencia de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello, vulnerando así los principios de la función administrativa. (fls. 149 a 154)

1.8. Alegatos en la segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

1.9. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto de fondo en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Indicó que la naturaleza de la Ley 136 de 1994 no corresponde al de estatutaria como lo exige el artículo 112 de la Constitución Política para regular la materia objeto de estudio; en consecuencia, debe inaplicarse al resolver el asunto en controversia.

Señaló que el asunto en estudio se debe fallar como lo hizo la Sala en sentencia de 10 de marzo de 2005¹ en la que denegó la pretensión de nulidad de la elección del Primer Vicepresidente del Concejo Municipal de Floridablanca.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

Los artículos 129 y 132-8 del C. C. A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, le asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección o de nombramiento realizado por las

¹ Expediente 3540

corporaciones de municipios que tengan más de setenta mil (70.000) habitantes, como es el caso del municipio de Bello.²

2.2. Estudio de fondo del recurso.-

Corresponde a la Sala examinar la legalidad del acto de elección del señor Luis Arturo Sánchez Ospina como primer vicepresidente del Concejo Municipal de Bello, contenida en el Acta No. 001 de la sesión ordinaria realizada por esa corporación el 2 de enero de 2008, de la cual se afirma ser violatoria del artículo 28 de la Ley 136 de 1994, por supuestamente no haberse adjudicado esa dignidad al grupo mayoritario dentro de las minorías que obtuvieron curules en ese cuerpo colegiado.

2.2.1. De la excepción de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 136 de 1994

El demandante sustentó su pretensión en la violación del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 que dispone:

***“MESAS DIRECTIVAS.** La Mesa Directiva de los Concejos se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año.*

Las minorías tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo, a través del partido o movimiento político mayoritario entre las minorías.

Ningún concejal podrá ser reelegido en dos períodos consecutivos en la respectiva mesa directiva.”

² Según certificación expedida por el DANE la población del municipio a 30 de junio de 2005 era de 371.591 habitantes (fl. 57).

El *a quo* inaplicó el precepto transcrito en precedencia por considerar que era contrario a la Constitución Política.

Al estudiar las normas para efectos de la excepción, la Sala determina que el artículo 112 superior³ en su último inciso dispone que la participación de las minorías en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular se reglamentará **íntegramente** mediante **ley estatutaria**, para cuya aprobación, modificación o derogación se requiere, según las voces del artículo 153 ibídem, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de la República, que su aprobación se efectúe dentro de una sola legislatura y se someta a la revisión previa de la Corte Constitucional, quien dictaminará sobre la exequibilidad del proyecto; requisitos que no cumple la Ley 136 de 1994⁴, por lo que sus mandatos referentes a la participación de los partidos y movimientos políticos minoritarios en las mesas directivas de los concejos municipales, son incompatibles con el inciso final del artículo 112 de la Constitución Política.

Como el mandato del constituyente es expreso en el sentido de que el legislador en una ley estatutaria regulará íntegramente la materia, de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil ***“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu...”***. Teniendo en cuenta que el legislador mediante una ley ordinaria reguló esta materia

³ El tenor literal del inciso final del artículo 112 de la Constitución Política y la modificación que le introdujo con el artículo 5º del Acto Legislativo 01 de 2003, puntualmente señalan: ***“Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia”***. Y la reforma constitucional dice: ***“Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia”*** (Negritas fuera del texto).

⁴ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

que por mandato del constituyente es reserva íntegramente de ley estatutaria, y que la Corte Constitucional no se ha pronunciado respecto de la exequibilidad de la norma, esta Sala comparte la decisión del Tribunal en el sentido de inaplicar en este caso, por inconstitucional, el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 136 de 1994.⁵

2.2.2. De la representación política de los grupos minoritarios en la mesa directiva de los concejos municipales y el caso concreto

De las consideraciones anteriores se desprende que la norma de nuestro ordenamiento a la que debió sujetarse el acto acusado es el artículo 112 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 1 de 2003, ubicado en el capítulo III del título IV titulado: “*Del estatuto de la oposición*”, el cual dispone:

“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.”

Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las Mesas Directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.
(Subrayas y negrillas de la Sala)

⁵ Como lo hizo esta Sala en sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 3540.

La norma transcrita hace parte del título tercero de capítulo cuarto de la Constitución Política que lleva por título “Del estatuto de la oposición” que contiene los derechos y garantías de los partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición al gobierno; así dan cuenta los antecedentes de la redacción del artículo original en la Asamblea Nacional Constituyente⁶, por ello, cuando el artículo 112 trata sobre el derecho de los partidos y movimientos políticos minoritarios con personería jurídica a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, alude precisamente a aquellos que se declaren en oposición.

Es claro que, no obstante que la ley estatutaria a que se refiere el artículo 112 constitucional no haya sido expedida, las corporaciones de elección popular no pueden sustraerse de la obligación constitucional de dar participación en sus mesas directivas a las minorías políticas.

Establecido el marco normativo que actualmente rige el derecho de las minorías políticas en las Mesas Directivas de las Corporaciones de elección popular, debe la Sala examinar si el actor probó la violación del artículo 112

⁶ El constituyente Raimundo Emiliani Román en la sesión de la comisión primera de 10 de mayo de 1991 propuso: *“Insinúo un artículo sustitutivo que diga: los partidos que no participan en el Gobierno tienen los siguientes derechos y allí comenzamos a enumerarlos”*.

En sesión plenaria de 18 de junio de 1991 el constituyente Ramírez señaló: *“Es que yo creo que tiene toda la razón quienes han hecho la observación respectiva. Yo creo que ha quedado mal redactado ese artículo y, por lo tanto, me parece adecuado que se elimine la parte que no participan en el Gobierno, este es el estatuto de la oposición y, simplemente, **pues se debe entender que estos derechos que aquí se consagran es en relación con ese tema**”*. En esa misma sesión el constituyente Luis Guillermo Nieto Roa sobre el particular indicó: *“No, no la explicación de porqué la comisión introdujo eso así señor Presidente, porque en la comisión lo miramos, **y es que éste es el estatuto de la oposición; se trata de regular los derechos de los partidos que no están en el Gobierno, de tal manera que por eso hace lógica dentro del capítulo, esto es para los que no están en el Gobierno**”* (Negrillas fuera del texto).

de la Constitución Política invocada en la demanda, habida cuenta de que el artículo 177 del C. de P. C., establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Para que las pretensiones del demandante prosperen se requiere probar, al menos, los siguientes presupuestos, los cuales son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos resulta irrelevante el estudio de los demás: **i)** cuáles son los partidos y movimientos políticos que conforman la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello; **ii)** cuáles son los partidos y movimientos políticos que conforman las mayorías en el Concejo Municipal de Bello; **iii)** cuáles son los movimientos y partidos políticos que conforman la minoría en el Concejo; **iv)** cómo están conformadas las minorías afectas al Gobierno en el Concejo Municipal; **vi)** entre los partidos y movimientos minoritarios cuáles están en oposición al Gobierno Municipal y; **vii)** de acuerdo con su representación en el Concejo cómo deben estar representadas las minorías en la Mesa Directiva.

Los artículos 107 y 108⁷ de la Constitución Política autorizan inscribir lista de candidatos a procesos de elección popular o de consultas a los partidos, movimientos políticos, los grupos significativos de ciudadanos y a las organizaciones sociales; de acuerdo con los artículos 263⁸ y 263A⁹ de la Carta, las curules de las corporaciones públicas se adjudican a los partidos, movimientos políticos o a los grupos significativos de ciudadanos que avalen lista en los procesos democráticos señalados.

⁷ Con las modificaciones realizadas por los artículos 1° y 2° del Acto Legislativo 1 de 2003.

⁸ Con la modificación realizada por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003.

⁹ Artículo adicionado por el artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003.

De los preceptos constitucionales referidos se concluye que las curules en los concejos municipales se adjudican a los partidos y movimientos políticos, a los grupos significativos de ciudadanos y a las organizaciones sociales, porque son ellos quienes acceden al poder político y no las personas naturales que los integran; en consecuencia, para determinar la participación de las organizaciones políticas señaladas en la conformación de la mesa directiva es menester que se pruebe no sólo quiénes son los concejales que la conforman, sino también los partidos y movimientos políticos, organización social o grupo significativo de ciudadanos que avalaron las listas de los elegidos.

En el proceso se allegaron como pruebas los siguientes documentos: **(i)** copia auténtica del acta No. 001 de 2 de enero de 2008 del Concejo Municipal de Bello (fls.20 a 56) y **(ii)** formulario E-26 CO aportado por el actor de manera parcial y en copia simple (fls. 9 a 13).

Con la copia auténtica del acta No. 001 de 2 de enero de 2008 la Sala encuentra probado que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello se integró en esa fecha así: Presidenta Luz Imelda Ochoa Bohórquez sin que se establezca a qué partido pertenece; Primer Vicepresidente Luis Arturo Sánchez Ospina de quien se dice por el proponente que es del partido liberal; Segundo Vicepresidente Carlos Augusto Mosquera Gómez, de quien no se dice a qué partido pertenece.

Fotocopia simple, parcial e incompleta del formulario E-26 CO, en la que aparece consignado únicamente el número total de los votos de cada partido y movimiento político que superaron el umbral. Además, cuatro hojas con datos para establecer la cifra repartidora. No consta la parte pertinente que

asigna el número de curules por partido o movimiento político, ni la que declara la elección. Este documento por no ser aportado en copia auténtica y por incompleto carece de valor probatorio de acuerdo con los artículos 252 y 254 del C. de P.C.

Del estudio del acta No. 001 de 2 de enero de 2008, la Sala concluye que no se encuentra probado ninguno de los supuestos para que se declare la nulidad de la elección demandada. En efecto, no está acreditado los partidos y movimientos políticos, organización social o grupo significativo de ciudadanos de cuyas listas fueron elegidos los concejales municipales de Bello que participaron en la elección de la Mesa Directiva; tampoco los documentos aportados dan cuenta de la representación de las organizaciones políticas en el Concejo, ni de su apoyo u oposición al Gobierno Municipal.

En consecuencia, en las circunstancias descritas, habida consideración de que el demandante no satisfizo la carga probatoria a su cargo, y ante la carencia de elementos para el análisis de la censura, habrá de denegarse prosperidad a las pretensiones de la demanda y se confirmará la decisión apelada pero por las razones expuestas en esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de septiembre de 2008.

SEGUNDO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Presidente
Con aclaración de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Con aclaración de voto

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
CUERVO

MAURICIO TORRES