

PROCESO ELECTORAL - Alcance de la intervención de terceros / TERCEROS INTERVINIENTES - Restricciones en el proceso electoral / PROCESO ELECTORAL - Coadyuvancia: alcance / COADYUVANCIA - Alcance en el proceso electoral / TERCEROS INTERVINIENTES - Recursos están supeditados a los intereses del coadyuvado / COADYUVANCIA - Recursos están supeditados a los intereses del coadyuvado / RECURSOS - Fundamento del interés para interponerlos / INTERES PARA RECURRIR - Fundamento

El coadyuvante, por disposición legal, sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales que estén en oposición a ella. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda con dos condiciones: que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio. La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde a que no reclama un derecho propio “actúa para sostener las razones de un derecho ajeno”, su interés radica en su conveniencia personal de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor porque de ello depende su beneficio (indirecto). Como ya se mencionó el proceso contencioso electoral tiene regulación propia para esta figura procesal, que está contenida en el artículo 235 del C.C.A. mediante el cual se permite al tercero prohiar u oponerse a las peticiones de la demanda, claro está con las limitantes propias de la coadyuvancia, en tanto no es un cotitular de la misma pretensión del coadyuvado al carecer dentro del proceso de pretensión propia, por ende, “[su] legitimación [es] menos plena, [porque] sin facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla o defenderla en el proceso iniciado por éste o contra éste”, por eso su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio o la litis contestatio, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o litis propia. En el caso concreto la sentencia de primera instancia fue denegatoria de las pretensiones, es decir, que el elegido Gobernador de Arauca Dr. Luis Eduardo Ataya Arias mantuvo su investidura de primer mandatario seccional. Por otra parte, Elmer Ramiro Silva Rodríguez intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda así que su participación en el proceso está adherida a la actuación de la parte a la cual coadyuva, es decir, al demandado, quien no apeló porque la sentencia le fue favorable. El interés para recurrir tiene como fundamento la necesidad de que la providencia sea corregida o modificada en aquello que perjudica a quien recurre “puede aceptarse que sin interés no procede recurso. Se trata del interés especial por resultar perjudicado con la providencia. Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en el proceso, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la ley [...]. [el coadyuvante] no puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con éste, porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal”. La Sala concluye entonces que el recurso de apelación referido no será tenido en cuenta por falta de interés para recurrir.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la intervención de terceros o coadyuvantes, especialmente en el proceso electoral, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de octubre de 2006, Rad. 3357 y sentencia de 11 de abril de 1996, Rad. 1522.

PRINCIPIO DE PRECLUSION - Finalidad / PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD - Finalidad / PRECLUSION ADMINISTRATIVA - Concepto / PRECLUSION JUDICIAL - Concepto

Conceptualmente entendido también como principio de la eventualidad, cuya finalidad es dar firmeza a los actos de que se trate pero ante todo impartir al proceso un orden riguroso, al punto que parte de la doctrina apoda a cada una de esas etapas estrictas “compartimientos estancos”, toda vez que imponen a las partes y al juez el ejercicio de una actividad para que ella tenga valor, es decir, clausura y cierra la posibilidad de actuar cuando no se ejerce dentro del período determinado. La Sala considera pertinente observar el entendimiento que sobre la preclusión ha tenido la Corte Suprema de Justicia si bien con respecto a los procesos judiciales, aplicable en su trasfondo y generalidades al asunto materia de este proceso. En efecto, la preclusión administrativa -o judicial- es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y resulta por regla general en los siguientes eventos: a) por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la ley para la ejecución de una conducta procesal; b) por realizarse una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido en etapa anterior esa facultad. La primera tiene ocurrencia cuando la conducta se ejerce por fuera de los términos de ley. Así, el no apelar o reclamar dentro del término legal, conduce a la extinción de esa facultad, queda así clausurada la etapa procesal respectiva. El segundo evento corresponde a lo que se denomina el principio de eventualidad. O sea, en el caso de proposiciones excluyentes, in eventum, de que una de ellas se deniegue, debe darse entonces entrada a la subsiguiente: al recurso de reposición se le acumula el subsidiario de apelación; al primero se le acumula en algunos casos el de queja. El tercer caso de preclusión alude a la consumación de una actuación que la ley limita en su ejercicio a una sola vez.

PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Roles de las autoridades electorales / ESCRUTINIOS - Asignación de competencias entre autoridades electorales / AUTORIDADES ELECTORALES - Estructura jerárquica / PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Preclusión de sus etapas

En el desarrollo del proceso administrativo electoral son varias las autoridades que en él intervienen dependiendo del cargo o corporación de que se trate, pero ante todo con una total preponderancia de si se está frente a una elección local, seccional o nacional. Por otra parte, la mayoría de las autoridades escrutadoras ejercen un doble papel, el primero, responde a la facultad que tienen para contar los votos, verificar y consolidar los resultados que a su vez conlleva la función de declarar la elección y otorgar la credencial a los elegidos; el segundo papel, está dado por la competencia de ejercer como segunda instancia frente a quien jerárquicamente en materia electoral es su “a quo”. El Código Electoral, que aunque de por sí presenta en forma disgregada la asignación de las competencias en materia de escrutinios, no impide que se determine a quién, ab initio, corresponde la función de escutar y a quién le corresponde el poder jerárquico y funcional sobre esa primera autoridad escrutadora para efectos de decidir sobre los cuestionamientos contra las decisiones por ella adoptadas. Una lectura detenida del Código Electoral da cuenta de que en la base se ubican los jurados de votación, luego la Comisión Escrutadora Auxiliar, cuya existencia depende de si el territorio electoral a escutar, entiéndase distrito o municipio, ha requerido la división en zonas, a fin de facilitar las inscripciones, votaciones y escrutinios (art. 79 C.E.) y esa es la razón por la cual no siempre se escucha hablar de ellas. Enseguida y como superior jerárquico de esas escrutadoras auxiliares aparecen las Comisiones Escrutadoras Distritales o Municipales y sobre éstas la jerarquía

se predica de las Comisiones Departamentales –conformadas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral- cuya instancia superior recae en la máxima autoridad electoral, esto es, el Consejo Nacional Electoral. Dentro de ese doble papel de autoridad escrutadora y de autoridad jerárquicamente funcional es claro que algunos hechos constitutivos de alegación, bien sea por vía de la reclamación o de la apelación, deben estar claramente delimitados a fin de no mezclar las competencias que se derivan del ejercicio de ese doble papel, toda vez que en algunos eventos la ley le ha otorgado a la autoridad escrutadora electoral, sin importar su nivel, el imperium suficiente y exclusivo para resolver y predicar de su decisión la firmeza y la ejecutividad necesarias, sin que la autoridad que es superior para otros temas pueda tener injerencia en ella. Por lo anterior, la consagración de normas como el último inciso del artículo 164 del Código Electoral cuando se refiere a que verificado el recuento de votos por la comisión escrutadora “no procederá otro alguno sobre la misma mesa de votación”; o la orden legal impartida por el artículo 166 a las comisiones escrutadoras distritales o municipales de conocer y decidir las apelaciones contra las decisiones de sus homólogas auxiliares o los desacuerdos y a su vez efectuar el escrutinio general de votos emitidos en el distrito o municipio y resolver las reclamaciones que le propongan frente a sus propios escrutinios dan cuenta de su competencia restringida frente a la Comisión Auxiliar que permite predicar la aplicación de la preclusión en las etapas administrativas electorales, siempre que la competencia asignada sea de aquellas privativas de la respectiva Comisión. Con base en lo anterior la Sala afirma sin hesitación alguna que la preclusión o cierre de las actuaciones administrativas electorales de cada una de las autoridades escrutadoras debe ser vista según cada caso, a fin de no teorizar en forma tal que lejos de proteger el sistema electoral en pro de la democracia y del respeto a una de las manifestaciones más directas del derecho político como es el derecho a elegir y ser elegido, se convierta en un obstáculo infranqueable.

FUENTE FORMAL: CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 79 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 164

VOTOS - Recuento oficioso / RECuento OFICIOSO DE VOTOS - Concepto. Evolución jurisprudencial / PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Recuento oficioso de votos: Concepto. Evolución jurisprudencial

El recuento de votos implica que la autoridad electoral escrutadora facultada legalmente para ello tiene la posibilidad de verificar la contabilización hecha ab initio a fin de dar transparencia y efectividad a la voluntad electoral. Observada la jurisprudencia la Sala encuentra que en materia de recuento de votos y el ejercicio oficioso de esa actividad son dos las etapas demarcadas antes y después de la sentencia de 22 de marzo de 2007 en la cual se decidió la demanda acumulada de nulidad electoral de los Representantes a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca. En efecto, en la etapa que antecedió a esta sentencia la hermenéutica sobre el recuento de votos oficioso se le dio un carácter restringido y estricto, bajo una interpretación exegética de las normas. En sentencia de 20 de marzo de 2003 se advirtió en forma expresa que la facultad oficiosa para el recuento de votos sólo procedía en los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de escrutinio y que en el evento “en que no se adviertan irregularidades, ni las personas autorizadas para solicitar reclamaciones lo hagan en la oportunidad debida, el escrutinio de las Comisiones Escrutadoras deberá efectuarse con base en los registros de escrutinio de los jurados de votación. [...]”. (...) Posteriormente, en providencia de 14 de diciembre de 2005 se consideró que el escrutinio general que efectúa la Comisión Escrutadora Departamental se fundamenta en el escrutinio realizado por las Comisiones Escrutadoras

Municipales o Distritales, pero, con base en el artículo 182 del Código Electoral, se mencionó que como medida excepcional las Comisiones Escrutadoras Departamentales pueden realizar el recuento físico de los votos ante la negativa de hacerlo de la comisión municipal o distrital o porque las Escrutadoras Departamentales lo hallaren fundado previa apelación de la decisión. No obstante, en algunos de sus pronunciamientos, la Sala morigeró un poco la posición estricta en algunas de sus providencias. Así, en sentencia de 29 de junio de 2001 se aludió a los errores de los jurados de votación en el conteo de votos y la posibilidad de correcciones por parte de las comisiones escrutadoras, más allá de los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones, ante la invocación de los principios de contenido superior que regentan el proceso electoral como lo es la transparencia (num. 1, art. 1 del C.E) que obliga a que las comisiones escrutadoras corrijan las inconsistencias o yerros de los jurados de votación pero dejen anotación expresa del cambio. En sentencia de 6 de mayo de 2005 al referirse a la carga de la prueba de la falsedad para atacar el recuento de votos cuando se hubieren modificado los resultados diferencié entre qué pasaba ante la existencia de explicación del cambio por recuento de votos o por reclamación o cuando esa explicación no existiera; lo que evidencia que existe el recuento de votos que no se deriva de la reclamación y que se da incluso eventos en que la modificación responde a actos diferentes del recuento de votos. (...) El cambio jurisprudencial aparece con la sentencia ya mencionada proferida por la Sala el 22 de marzo de 2007, en el entendido de que las disposiciones del Código Electoral deben ser adaptadas en su interpretación al Acto Legislativo 01 de 2003 porque éste superó los supuestos de hecho consagrados en el Código Electoral del año de 1986, así figuras como el voto preferente, el umbral o la cifra repartidora evidencian que los hechos constitutivos de recuento derivados de tachaduras, borrones o enmendaduras, por el cambio de las circunstancias reguladas en la Reforma Política de 2003, pasaron a ser un enunciado ejemplarizador pero no taxativo ni limitante ante la realidad del nuevo sistema electoral, argumentos que en esta oportunidad prohija la Sala en su esencia y en su concepto filosófico son aplicables a los cargos de elección unipersonal si tiene en cuenta que en efecto el tiempo transcurrido entre 1986 hasta nuestros días ha traído al mundo jurídico electoral avances que sobrepasan a la realidad fáctica de ese antaño.

NOTA DE RELATORIA: La posición restringida sobre la procedencia del recuento oficioso de votos puede verse en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 20 de marzo de 2003, Rad. 3049, sentencia de 2 de diciembre de 2005, Rad. 3876 y sentencia de 14 de diciembre de 2005, Rad. 3521. La posición intermedia, en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de junio de 2001, Rad. 2477 y sentencia de 6 de mayo de 2005, Rad. 3544. La posición posterior a la reforma política del Acto Legislativo 01 de 2003, en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de marzo de 2007, Rad. 4001-4005.

RECUESTO OFICIOSO DE VOTOS - Características / VOTOS - Características del recuento

a) El recuento oficioso de la votación no es per se irregular, ni vicia ipso jure el acto de elección porque está permitido por el legislador. b) La aplicación armónica y coordinada de los principios y el objeto del Código Electoral con la nueva normativa constitucional y legal propende por el exacto reflejo de la voluntad del electorado y por la adaptación de las normas de 1986 a las consagradas en las dos reformas políticas constitucionales. c) La responsabilidad de la exactitud en los resultados electorales es propia de las comisiones escrutadoras y no sólo de los candidatos, sus apoderados o de los testigos electorales. d) Si la comisión escrutadora al revisar las actas de escrutinio de los jurados de votación evidencia que hay irregularidades en el escrutinio debe proceder al recuento para depurar

los resultados electorales so pena de que el resultado no sea el reflejo exacto de la voluntad del electorado. e) No obstante, debe tenerse en cuenta que el recuento es restrictivo orgánicamente porque está asignado a unas pocas autoridades electorales. f) Finalmente, la carga de la prueba de la falsedad de los registros resultantes del recuento está a cargo de quien los demanda.

COMISIONES ESCRUTADORAS - Competencia para recontar votos escrutados por los jurados de votación y modificar el resultado / RECUESTO DE VOTOS - Competencia de comisiones escrutadoras

Las comisiones escrutadoras tienen competencia para recontar los votos que escrutaron los jurados de votación e incluso modificar el resultado, por ello ha sido reiterada por la jurisprudencia -explicada al inicio- que es al demandante a quien corresponde la carga de probar que los votos recontados son falsos o apócrifos o que la comisión escrutadora extralimitó el ámbito de sus competencias regladas en materia del recuento, situaciones que no se probaron por los demandantes porque no tuvieron en cuenta la especial situación del caso en estudio.

FUENTE FORMAL: CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 122 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 163 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 164

COMISIONES ESCRUTADORAS - Diferencias con jurados de votación / JURADOS DE VOTACION - Diferencias con comisiones escrutadoras / COMISIONES ESCRUTADORAS - Autoridad nominadora / JURADOS DE VOTACION - Autoridades nominadoras

La diferencia entre esas autoridades electorales –jurados de votación y comisiones escrutadoras- se fundamenta tanto en la autoridad nominadora como en las competencias que ejercen, toda vez que los jurados de votación son designados y reemplazados, mediante resolución, por los registradores municipales y distritales y, en el exterior, por el funcionario diplomático o consular de mayor categoría; mientras que los miembros de las comisiones distritales, municipales y auxiliares son designados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En materia de competencias los jurados de votación efectúan el escrutinio de la mesa y conocen exclusivamente de la reclamación especial de recuento de votos; por su parte las comisiones escrutadoras tienen un ámbito más amplio en el ejercicio de sus funciones, porque además de computar votos, resuelven las reclamaciones presentadas ante los jurados de votación y aquellas que les pongan en conocimiento por primera vez, deciden las apelaciones contra las decisiones de su inferior funcional o los desacuerdos entre los miembros de éste, declaran la elección y entregan las credenciales respectivas.

FUENTE FORMAL: LEY 163 DE 1994 - ARTICULO 5 / ARTICULO 41 NUMERAL 12 / ARTICULO 41 NUMERAL 13 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 101 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 116 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 157 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 158 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 122 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 166 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 192

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 07001-23-31-000-2009-00034-01

Actor: ALBEIRO VANEGAS OSORIO Y JUAN MANUEL GARCES CASTAÑEDA

Demandado: GOBERNADOR DE DEPARTAMENTO DE ARAUCA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 14 de abril de 2010 que negó la pretensión de nulidad de la elección del demandado como Gobernador del departamento de Arauca para el período 2008 - 2011.

1. ANTECEDENTES

1.1. Las demandas

1.1.1. Expediente 2009-0034

El demandante Albeiro Vanegas Osorio, en ejercicio de acción de nulidad electoral, solicitó la nulidad del Acuerdo No. 001 de 18 de junio de 2009 mediante el cual el Consejo Nacional Electoral declaró elegido al señor Luis Eduardo Ataya Arias como Gobernador del departamento de Arauca para el período 2008 - 2011; y en consecuencia que se ordene la cancelación de la credencial; se conserve el resultado inicial contenido en el formulario E-14 correspondiente a la mesa 10, del puesto 2, de la zona 1 del municipio de Arauca y se excluyan los 66 votos ilegalmente depositados a favor del demandado; que se realice un nuevo escrutinio y se declare elegido al señor Albeiro Vanegas Osorio.

Los fundamentos de hecho, en síntesis, son los siguientes:

a. El 31 de mayo de 2009 se llevó a cabo la jornada electoral para elegir al Gobernador del Departamento de Arauca. Una vez finalizadas las elecciones los jurados de votación de la mesa 10, puesto 2, zona 1 efectuaron el primer escrutinio de los votos depositados y *“a solicitud de los testigos electorales, los jurados de votación... practicaron recuento de votos, según quedó consignado en*

el formulario E-14 y en el acta de la Comisión Escrutadora Zonal, respecto del cual no se formuló ninguna reclamación, de suerte que quedó en firme”.

b. El 2 de junio de 2009 la Comisión Escrutadora Local Zona 1 realizó el escrutinio zonal de los votos depositados y no obstante haber declarado respecto de la mesa de votación 10 puesto 2 de la zona 1 que el sobre se encontraba cerrado y sellado sin novedad y que el formulario E-14 no tenía enmendaduras la comisión escrutadora decidió practicar de oficio un recuento de los votos por un supuesto error aritmético en la suma total de los votos, situación que no fue invocada por ninguno de los interesados en ese momento.

c. Posteriormente el abogado Néstor Franco apoderado del Partido Liberal Colombiano solicitó la exclusión de la mesa 10, puesto 2, zona 1 del municipio de Arauca por considerar que se presentó un error aritmético en las actas de escrutinio al sumar los votos el recuento de votos en forma oficiosa.

d. Los abogados Juan Carlos Galindo y Saúl Villar Jiménez, en su condición de apoderados del candidato Albeiro Vanegas Osorio, presentaron recurso de apelación contra la decisión de la comisión escrutadora de efectuar el recuento de los votos.

e. A través de la Resolución No. 4 de 3 de junio de 2009, corregida por la resolución No 10 de la misma fecha, la Comisión Escrutadora Zonal negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el abogado Juan Carlos Galindo y mediante resolución No 5 de 3 de julio de 2009 negó la reclamación y concedió el recurso de apelación presentado por el abogado Néstor Franco.

f. Sin tener en cuenta que el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo, la Comisión Escrutadora Zonal procedió a efectuar el recuento de votos, abriendo el kit electoral. Los días 2 y 5 de junio de 2009 se reunió La Comisión Escrutadora Municipal sin pronunciarse sobre la controversia relacionada con la mesa 10, del puesto 2, de la zona 1.

g. El apoderado del candidato Albeiro Vanegas Osorio presentó recurso de queja contra la decisión de la Comisión Escrutadora Zonal de negar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de recuento de votos. Pero dado el desacuerdo de los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de Arauca

para adoptar la decisión, a través de “auto de trámite de 5 de junio de 2009” resolvió remitir los recursos a la Comisión Escrutadora Departamental.

h. Los días 7 y 8 de junio se reunió la Comisión Escrutadora Departamental con el fin de practicar el escrutinio general del Departamento de Arauca y se discutió la reclamación relacionada con el recuento de votos de la mesa 10, zona 2, puesto 1 del municipio de Arauca. Dentro del citado escrutinio los apoderados del candidato Albeiro Vanegas Osorio presentaron reclamaciones electorales ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral entre otros aspectos, por el recuento efectuado en la mesa 10, de la zona 2, puesto 1 del municipio de Arauca.

i. El 8 de junio de 2009, los Delegados del Consejo Nacional Electoral manifestaron en audiencia pública su desacuerdo a la forma como debían decidirse los recursos sobre la mesa precitada.

j. El Consejo Nacional Electoral convocó a audiencia pública para la sustentación de los recursos pendientes y de las oposiciones, la cual se llevó a cabo el 16 de junio de 2009 y mediante el Acuerdo No 001 de 2009 dio pleno valor a los resultados de la mesa 10, puesto 2, zona 1 del municipio de Arauca, consignados en el formulario E-24, y en consecuencia, declaró elegido como Gobernador del Departamento de Arauca al señor Luis Eduardo Ataya Arias para terminar el período constitucional 2008-2011.

Como fundamento normativo de las pretensiones de nulidad invocó los artículos 122, 163 y 164 del Código Electoral, que establecen la competencia funcional de las comisiones escrutadoras; los artículos 166 y 193 del Código Electoral, que señala el trámite que debe darse a las apelaciones formuladas dentro del proceso administrativo electoral; los artículos 84 y 223 del C.C.A. que establecen las causales de nulidad de los actos administrativos y el artículo 29 de la Constitución Política que consagra el debido proceso.

Fundamentó el concepto de violación en la transgresión al debido proceso y a la expedición del acto demandado con falsa motivación, por cuanto se sustentó en un hecho irreal, producto de una actuación irregular adelantada por la Comisión Escrutadora de la zona 1 del municipio de Arauca al efectuar de manera **oficiosa el conteo de los votos** depositados en la mesa 10 del puesto 2 de la zona 1, sin autorización de ley, lo cual permitió que se computaran votos a favor del Luis

Eduardo Ataya Arias que no corresponden a la información consignada por los jurados de votación en el formulario E-14.

En aplicación del principio de legalidad, si bien las comisiones escrutadoras gozan de competencia para recontar votos sólo pueden hacerlo de oficio cuando se presenten tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de escrutinio. En consecuencia como el acta de escrutinio de la mesa 10, del puesto 2 de la zona 1 no tenía los defectos antes referidos, la Comisión Escrutadora Zonal no tenía competencia para efectuar el recuento de los votos.

Sustentó la violación al debido proceso y la falsa motivación del acto demandado, en la consideración de que se basó en el recuento **oficioso** de votos efectuado por la Comisión Escrutadora Zonal en la mesa 10 del puesto 2 de la zona 1 del municipio de Arauca, el cual estuvo viciado de nulidad por falta de competencia de esa Comisión para realizar el **recuento oficioso** por no encuadrar en el supuesto de hecho de la norma, por la imposibilidad de recuento sobre recuento al encontrarse en firme el acto de recuento de los jurados de votación y por efectuarlo no obstante que pendía la decisión de los recursos de apelación presentados por los partidos de la U y Liberal Colombiano contra la decisión de recuento de los votos y, por ende, desatender el efecto suspensivo en el que es concedida la alzada como se consagra en los artículos 166 y 193 del C.E.

Frente a la imposibilidad de recontar lo ya recontado indicó que la actividad de verificar los votos es una misma facultad otorgada a órganos diferentes. Se está ante una competencia a prevención, de manera que el órgano que la ejerce primero previene en su conocimiento e impide que los demás asuman su facultad y pasa a ser entonces una competencia privativa. Por otra parte, el acto de recuento es una actuación escrutadora cuyo resultado, dictado por cualquiera de las dos autoridades, goza de los mismos efectos y naturaleza. Adicionalmente, indicó que en relación con el recuento realizado por los jurados de votación no se presentó reclamación ni impugnación, por lo tanto cobró firmeza y, por ende, no podía volverse a realizar por un órgano diferente. Por todo lo anterior, la actuación de la Comisión Escrutadora Zonal es arbitraria; se violaron los principios de transparencia y eficacia del voto al manipular en forma irregular el kit electoral.

1.1.2. Expediente 2009-0037

El demandante Juan Manuel Garcés Castañeda, en ejercicio de acción de nulidad electoral, solicitó la nulidad del Acuerdo No. 001 de 18 de junio de 2009 mediante el cual el Consejo Nacional Electoral declaró elegido al señor Luis Eduardo Ataya Arias como Gobernador del departamento de Arauca para el período 2008 - 2011; que se declare que son falsos o apócrifos e ilegales los documentos electorales correspondientes a: a) municipio de Arauca: zona 1, puesto 1, mesas 1 a 18; zona 1 puesto 2, mesas 1 a 9, 11 y 12; zona 1, puesto 3, mesas 1 a 15; zona 1, puesto 4, mesas 1 a 13, zona 1, puesto 5, mesas 1 a 9, 11 y 12; zona 2, puesto 1, mesas 1 a 15; zona 2, puesto 2, mesas 1 a 14; zona 2, puesto 3, mesas 1 a 11; zona 90, puesto 1, mesas 1 a 8; zona 98, puesto 1, mesa 1; zona 98, puesto 98, mesa 1; zona 99, puesto 28, mesas 1 y 2; zona 99, puesto 40, mesas 1 y 2; zona 99, puesto 12 (maporillal) mesa 1; zona 99, puesto 19, mesa 1; b) municipio de Arauquita: zona 99, puesto 6, mesa 2 y puesto 16 mesas 1,2; c) municipio de Cravo Norte: zona 0, puesto 0, mesas 4 a 8; zona 99, puesto 4 mesa 1 y puesto 14, mesa 1; d) municipio de Puerto Rondón: zona 0, puesto 0, mesas 1 a 9; zona 99, puestos 2 a 5, 20 y 60, mesas 1; e) municipio de Saravena: zona 2, puesto 1, mesa 9 y puesto 2 mesas 2 y 7; f) municipio de Tame: zona 0, puesto 0, mesas 45 y 52 y zona 99, puesto 46, mesas 3 y 5.

Solicitó también que se declare que son falsas y apócrifas las actas de escrutinio de las Comisiones Escrutadoras de las zonas 1 y 2 del municipio de Arauca, Arauquita, Cravo Norte, Puerto Rondón, Saravena y Tame; el acta de escrutinio realizada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral y el Acuerdo 01 de 2009 proferido por el Consejo Nacional Electoral; y en consecuencia que se ordene la realización de un nuevo escrutinio en donde se excluyan las mesas demandadas, y se profieran las credenciales a que haya lugar.

Los fundamentos de hecho de la demanda son idénticos a los planteados por el demandante en el proceso 2009-0034, razón por la cual se considera innecesaria su transcripción.

En relación con el concepto de violación indicó que los actos demandados fueron expedidos en forma irregular y con violación del debido proceso porque se contabilizaron votos de mesas de las zonas 1 y 2 que no ingresaron al acta triclave “[...] e incluso, se plasmaron resultados electorales de mesas de votación que entraron en el arca triclave pero que nunca salieron de ella para ser contabilizadas en el respectivo escrutinio [...]”.

De conformidad con el procedimiento de escrutinio regulado en los artículos 143, 144, 145, 147, 152 y 163, los documentos electorales que van a ser contabilizados son los que son retirados del arca triclave y de los cuales se leen los resultados. En consecuencia, no se pueden escrutar aquellas mesas de votación que no son retiradas del acta triclave y aseveró que con respecto a la zona 1 del municipio de Arauca, la comisión escrutadora contabilizó mesas de votación que fueron ingresadas al acta triclave, según consta en el formulario E-20 de ingreso, pero que nunca salieron de ella, conforme lo registra el formulario E-20 de retiro. Este resultado electoral irregular fue validado en las etapas subsiguientes de los escrutinios pues se dio como cierto, razón por la cual se vulneró el debido proceso y es causa de que los actos demandados hayan sido expedidos con falsa motivación y desviación de poder.

Encuadró la situación en la causal primera del artículo 223 del C.C.A., toda vez que los documentos electorales demandados son nulos porque los elementos que sirvieron de base para su expedición fueron falsos porque: sufragaron personas que no hacen parte del censo electoral departamental de Arauca; se presentan más votos que votantes, censuras que explicó teóricamente, y por la inclusión en el resultado de mesas de votación que no ingresaron al acta triclave, o que ingresaron pero no fueron retiradas para su contabilización, o que fueron ingresadas dos veces situación de la que acusa a las mesas ya referidas con anterioridad (fols. 1 a 27 cdno. 1).

1.2. Las Contestaciones de las demandas

1.2.1 Del Gobernador elegido

El Gobernador de Arauca electo Luis Eduardo Ataya Arias, por conducto del mismo apoderado, contestó ambas demandas y como coinciden en algunos planteamientos se compilan para su síntesis. Explicó que lo acontecido con la mesa 10, de la zona 1 del puesto 2 del municipio de Arauca en realidad no fue un error aritmético sino de una omisión en la anotación en la casilla correspondiente al candidato del partido Cambio Radical, lo que no significa que su votación haya sido cero (0) porque el total del resultado da cuenta de otra situación y éste es un dato cierto que no fue impugnado por ninguna de las personas durante el escrutinio zonal. Por otra parte, al tratarse de una omisión no se encuentra prevista como causal de reclamación.

Indicó que el acto expedido por el Consejo Nacional Electoral no está falsamente motivado porque se funda en hechos existentes. Además, dentro de sus competencias está la revisión de oficio o a petición de parte de los escrutinios en cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados. Tampoco se presenta violación al debido proceso porque precisamente la actuación de la comisión escrutadora permitió subsanar la omisión de los jurados de votación que de no haberse corregido sí sería una falsedad y así garantizó el derecho fundamental de elegir de los araucanos.

Aseveró que el recuento no era necesario porque el problema matemático que se derivaba de la omisión referida podía resolverse mediante la verificación de los votos depositados, como en principio lo dispuso la comisión escrutadora, o por intermedio de una simple operación de suma y resta, así que el recuento a lo que ayudó fue a otorgar transparencia al proceso y legitimidad al resultado electoral (fols. 168 a 178 cdno. ppal).

Sobre los cargos que recaen en otras mesas, puestos y zonas indicó que las mesas que supuestamente no ingresaron al acta triclave, o que ingresaron pero no fueron retiradas, o que ingresaron varias veces no son hechos constitutivos de exclusión de actas ni de reclamación. Además, esa supuesta irregularidad no afecta el debido proceso y no se alegó por ninguno de los asistentes al escrutinio.

Afirmó que las glosas sobre falsedad y apocriofidad de los registros electorales de las zonas 1 y 2 del municipio de Arauca no son de recibo porque el sufragio por ciudadanos no censados o la contabilidad de más votos que votantes o la inclusión de mesas que no ingresaron al arca triclave o que lo hicieron doblemente, tipifican causal de falsedad de los registros electorales. Posiblemente se generaría la nulidad de los votos que es una causal diferente a la invocada “[...] *caso en el cual deberá, además, establecer claramente los casos concretos de suplantación, requisito que no cumple la demanda [...]*”. Además, esas supuestas irregularidades no fueron alegadas ni reclamadas antes de la declaratoria de la elección “*de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 237 de la Constitución*”.

Propuso la excepción de inepta demanda con respecto a la demanda del señor Juan Manuel Garcés porque omitió señalar el concepto de violación de las

disposiciones que dice infringidas, pues se limitó a hacer una exposición genérica sin señalar en forma concreta las causales de nulidad por las cuales impugna cada una de las mesas de votación. Tampoco cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en el párrafo del artículo 237 de la Constitución Política (fols. 180 a 191 cdno. 1).

1.2.2. Del tercero interviniente opositor de la demanda

El opositor a la demanda y coadyuvante del demandado contestó ambas demandas con idénticos planteamientos. Propuso como argumentos de defensa y de excepciones, los siguientes: la inadmisión de la demanda por no determinar los datos del Ministerio Público, quien actúa en calidad de parte; a su vez este argumento lo esgrime como hecho constitutivo de nulidad procesal insaneable que implica retrotraer todo el trámite y la insuficiencia del poder del abogado de la parte actora, por cuanto ni aceptó expresamente el mandato a él conferido ni efectuó su presentación personal, por tanto no existe procesalmente hablando y, solicitó se proceda a declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado y a decretar la caducidad de la acción electoral.

Consideró que dos de los Magistrados de la Sala estaban incursos en hecho constitutivo de impedimento y les solicitó hacer uso de los artículos 160 del C.C.A. y 150 del C.P.C. El contexto planteado por el coadyuvante fue el siguiente:

“Es un hecho público y notorio para el Departamento de Arauca que el proceso electoral que motiva este proceso y en el cual participaron el demandante y el demandado presuntos en este proceso especial electoral (Albeiro Vanegas Osorio y Luis Eduardo Ataya Arias), se dio como consecuencia del resultado del proceso de nulidad electoral que en su oportunidad incoé contra el ex gobernador FREDDY FORERO REQUINIVA. Que en el mismo se dictó en 1ª instancia una sentencia inhibitoria –art. 37, num. 4 del C.P.C.- por ese H. Tribunal Administrativo de Arauca que generó de la H. Sección Quinta del Consejo de Estado una compulsación de copias contra los Honorables Magistrados Wilson Arcila Arango y Luis Ramón Giraldo Gutiérrez, además de mi directa actuación para el efecto ante las autoridades competentes. Ante tan molesta situación, no quiero impetrar una recusación, sino instar a tan altas autoridades, los Honorables Magistrados en cita, a actuar en este caso, tal y como la ley y su conciencia lo ordenen para que obtenidos sus impedimentos, me abstenga por honor y dignidad, de tener que acudir a los arts. 160 del C.C.A. y 150 del C.P.C. Hecho lo anterior, procédase en forma legal a designar y a posesionar los conjuces respectivos” (fols. 179 a 184 cdno. ppal y 192 a 196 cdno. 1).

1.3. Acumulación de procesos

Mediante auto de 11 de diciembre de 2009 se decretó la acumulación de los procesos (fols. 390 a 393 cdno. ppal).

1.4. Los alegatos

1.4.1. El demandante Albeiro Vanegas Osorio insistió en que se probaron la falsa motivación con que fue expedido el acto demandado y la violación del debido proceso ante la carencia absoluta de competencia de la Comisión Escrutadora Zonal para recontar los votos en la mesa 10, puesto 2, zona 1 y se apoya con la reiteración de los argumentos que planteó en la instancia (fols. 426 a 430 cdno. ppal).

El demandante Juan Manuel Garcés Castañeda no alegó de conclusión.

1.4.2. El demandado Luis Eduardo Ataya Arias reiteró los argumentos de las contestaciones y agregó que en el caso sub lite el recuento de votos no implicó alteración de resultados electorales, no se modificó el número de votos depositados en la mesa, ni en su sumatoria total, ni en el resultado que obtuvo cada uno de los candidatos. Con cita de antecedente jurisprudencial de la Sala aseveró que la diferencia entre el error aritmético y la falsedad por omisión es que ésta no puede ser concomitante el escrutinio porque requiere de un estudio minucioso y que mientras el error suma indebidamente votos, la omisión los esconde y, por ende, no se contabilizan en el total de los votos registrados.

Arguyó que en realidad lo que dispuso la Comisión Escrutadora Zonal fue la verificación de los votos a su favor porque la casilla aparecía en blanco y finalmente el recuento de votos de la mesa se efectuó por petición verbal de los apoderados de los candidatos, a lo cual accedió la Comisión con fundamento en el principio de transparencia (fols. 416 a 425 cdno. ppal).

1.4.3. El tercero interviniente opositor de la demanda solicitó tener en cuenta los argumentos de las contestaciones a las demandas y de los memoriales presentados e insistió en todos sus planteamientos. Indicó que las irregularidades que el demandante acusó frente a varias mesas de votación del departamento de

Arauca no fueron probadas y, en consecuencia, sólo es viable estudiar lo acontecido con la mesa 10, puesto 2, zona 1.

En relación con ese tema destacó el documento autenticado que enviaron los jurados de votación de esa mesa en el que reconocen el error de no haber contabilizado los 66 votos a favor del candidato Ataya Arias. Este documento, afirmó, no fue tachado de falso y constituye prueba irrefutable de lo acontecido (fols. 412 a 415 cdno. ppal).

1.5. El concepto del Ministerio Público en la primera instancia.

El Agente del Ministerio Público solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda por considerar que ante el silencio del Código Electoral, la decisión del recuento de votos debe ser vista como una reclamación especial que no está prevista en el artículo 192 de esa regulación, pero que su género es el mismo y, por ende, le es aplicable ese manejo y trámite en cuanto le sea compatible. El carácter de reclamo especial en las solicitudes de recuento está reconocido en el artículo 122 ibidem.

Por otra parte, argumentó que la celeridad propia de los escrutinios hace que no obstante estar por decidir un recurso de apelación puede realizarse recuento de votos, pero sí queda pendiente la firmeza del resultado, razón por la cual el artículo 166 del Código Electoral, en su inciso final dispone que cuando sean apeladas las decisiones sobre reclamos o se presente desacuerdo entre los miembros de las comisiones distrital o municipal, ésta se abstendrá de expedir las credenciales, para que sean los delegados del CNE quienes resuelvan el caso y expidan las credenciales.

Luego de relatar el desenvolvimiento de los escrutinios y con apoyo en los artículos 163 y 164 del Código Electoral concluyó que la actuación de la Comisión Escrutadora de la zona 1 del municipio de Arauca se ajustó a los postulados constitucionales y legales y restituyó el yerro de los jurados de votación ante la grave omisión en la anotación de los votos a favor del candidato de Cambio Radical quienes sí violaron los artículos 136 y 142 del Código Electoral porque los jurados están obligados a reconocer la voluntad de la mayoría expresada a través de los votos válidos (fols. 431 a 441 cdno. ppal).

1.6. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de los demandantes, luego de advertir la no prosperidad de las excepciones de falta de designación del nombre, domicilio y dirección del representante legal del Ministerio Público y de poder insuficiente del abogado de la parte demandante. La primera por cuanto la ley obliga al juez a notificar la primera providencia al Ministerio Público, de tal suerte que la legitimación de éste surge *ipso jure*, sin que la falta de precisión en la demanda la vuelva inepta, más aún que se advierte que el Ministerio Público fue notificado personalmente desde el auto admisorio de la demanda e incluso antes de que el demandado fuera notificado. La negativa a la segunda excepción la apoyó el *a quo* en que la aceptación de los poderes puede ser expresa o tácita y esta última figura fue la acontecida en el presente caso.

Sobre el planteamiento de nulidad por falta de competencia del Tribunal, en lo que uno de los demandantes intituló "Sala de Facto" y que tuvo fundamento en las supuestas irregularidades en la designación de los conjuces y en el reparto de los procesos acumulados al Magistrado Ponente, indicó que el primero de los cuestionamientos sobre la competencia de la Sala del Tribunal fue decidido en auto de 27 de agosto de 2009, mediante el cual resolvió los impedimentos que dieron lugar a la designación de los conjuces y en la decisión de 14 de octubre de 2009 en el que negó el decreto de nulidad procesal que sobre el mismo hecho ya había sido planteado con base en el análisis del artículo 160A, numeral 2 del C.C.A.

Respecto a la designación del Magistrado Ponente para el conocimiento de los procesos acumulados indicó que lo cierto es que en la audiencia, previa interpretación racional de la norma, se concluyó que el mecanismo del sorteo tiene operancia cuando varios procesos acumulados se conocen por diversos ponentes, pero no para aquellos casos en los que los procesos son conocidos por un mismo Magistrado, uno por reparto y otro ante el impedimento de los otros Magistrados que integran la Sala Unica del Tribunal.

Frente al **proceso 2009-00034-00** en relación con el fondo del asunto precisó que consiste en determinar si la Comisión Escrutadora Zonal tiene competencia para recontar los votos de manera oficiosa, aunque los formularios electorales no presenten borrones, tachaduras o enmendaduras y cuando el recuento efectuado

por los jurados de votación ya está en firme y establecer si cuando ha sido apelada la decisión de recuento de los votos debe suspenderse mientras se decide el recurso de alzada o efectuarlo y sólo al final conceder la apelación.

Con cita en el artículo 164 del Código Electoral consideró que las comisiones escrutadoras están facultadas para verificar el recuento de los votos previa solicitud razonada y la norma prevé los eventos en los cuales la solicitud no puede ser denegada, por ende, no es cierto como lo afirma la parte actora que, con el recuento de votos hecho por los jurados de votación se cierre la posibilidad de un segundo recuento. De tal forma que las comisiones escrutadoras realizan el recuento de votos, bajo dos modalidades, a petición de los candidatos, representantes o testigos electorales y, obligatoriamente, en caso de que entre los candidatos sólo medie una diferencia del 10% del total de la votación o cuando las actas presentan borrones, tachaduras o enmendaduras. En estos casos no se contraviene el principio de preclusión que la parte demandante pretende predicar frente al recuento de votos que hicieron los jurados de votación.

Planteó el a quo que no existe norma que prohíba a las comisiones escrutadoras recontar los votos, así que la aplicación del principio de preclusión en el ámbito de la supuesta garantía de la seguridad de los documentos electorales carece de asidero jurídico. Por otra parte, los jurados de votación pueden recontar los votos cuantas veces quieran para suscribir los resultados en las actas y harán esa misma actividad, pero por una sólo vez, por petición de los testigos electorales; mientras que las comisiones escrutadoras pueden recontar los votos, por una sólo vez en las condiciones previstas en el artículo 164, dos de las cuales son de atención inmediata y sin posibilidad de negativa en su trámite.

Además, la facultad de recuento también puede ser oficiosa cuando haya duda a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación. Frente a este evento pueden darse dos interpretaciones, la restrictiva - acorde con los planteamientos del actor- que considera que las dudas de la comisión escrutadora previstas en el inciso último del artículo 164 del Código Electoral van atadas a la petición de los interesados por borrones, tachaduras o enmendaduras de las actas; o la amplia, que conexas el origen de la duda con cualquier tipo de hechos o circunstancias, como el error aritmético o la falta de diligenciamiento de las casillas de votos emitidos a favor de un candidato *“que redunde en el resultado final y que conlleve a error severo o contradicción*

evidente”. Aseveró que por medio de la petición de recuento por tachaduras y enmendaduras se cuestiona el resultado de la votación o el nombre de los candidatos, mientras que en el examen oficioso se verifica la inexactitud de los cómputos y por ello la comisión escrutadora sí estaba facultada para el recuento.

Sobre la posibilidad de recontar los votos aunque se haya incoado recurso de apelación contra la decisión de escrutinios, el Tribunal se apoyó en el artículo 122 del Código Electoral que dispone que las reclamaciones que busquen el recuento de votos deben ser atendidas inmediatamente por los jurados de votación.

Concluyó entonces que la interposición del recurso de apelación no obstruye la labor de efectuar el escrutinio, porque el efecto suspensivo se predica frente únicamente para la declaración del elegido y la entrega de la credencial, pero nunca del escrutinio ni del recuento de éste. Además los artículos 168 y 180 del Código Electoral prevén que las reclamaciones y apelaciones no eximen a las comisiones escrutadoras de hacer el cómputo total de votos, consideración que también apoyó en el artículo 192 del Código Electoral en el que se prevé que negada la reclamación, la resolución que así lo declare es apelable en el efecto suspensivo antes de que termine la diligencia de escrutinios.

Finalmente indicó:

“El acervo probatorio es suficiente para tomar una decisión de fondo, puesto que se adjuntó el acto administrativo expedido por el Consejo Nacional Electoral, las actas de los jurados de votación, Comisiones Escrutadoras y anexos de las mismas.

Con las reglas de corrección analizadas por la Sala y los documentos aportados se tiene:

- 1. El recuento que hicieron los jurados de votación de la Mesa 10, del Puesto 02, “Concentración Camilo Torres”, Zona 1 del municipio de Arauca, sucedió por petición de los testigos electorales, antes del sello de los sobres y la anotación de los resultados en el acta formulario E-14.*
- 2. En el Acta de Comisión Escrutadora se describe una omisión, en la suma total de votos, ya que faltó consignar los votos del candidato LUIS ATAYA ARIAS del Partido Liberal en la casilla respectiva. La Comisión, de oficio decide realizar el recuento, por primera vez, atendiendo a los principios de transparencia y derechos del elector. Tuvo en mira para consolidar su decisión, la certificación de los jurados de votación de la Mesa 10 que confesaron sobre la omisión de colocar los votos del candidato de Cambio Radical en la casilla asignada.*
- 3. La Comisión Escrutadora Zonal, rechaza la reclamación y admite el recurso de apelación, no obstante termina el proceso de escrutinio.*

La Comisión, avanza en el escrutinio, levanta el acta de rigor, pero no declara al elegido, ni mucho menos ordena la expedición de la credencial. Lo mismo lo hicieron las autoridades electorales posteriores.

4. *El Consejo Nacional Electoral resuelve el recurso, rechaza los argumentos del apelante y decide declarar válidos los votos de la mesa en conflicto, conforme a la medida y resultado del recuento.*

Para la Sala, las premisas planteadas por el demandante no tienen asidero jurídico, según el escrutinio que se hizo líneas arriba, teniendo en cuenta que la Comisión Escrutadora posee competencia para recontar los votos cuando a su juicio existe duda en el cómputo de los resultados, tal como la omisión evidente declarada en el acta; y porque tampoco pierde la facultad de terminar los escrutinios, a pesar de conceder el recurso de apelación contra la decisión de oficio de recontar los votos” (folios 446 a 467 cdno. ppal).

En relación con el proceso **2009-00037** sobre los cargos de falsa motivación y abuso de poder que la parte actora sustentó en que los escrutinios se basaron en documentos falsos o apócrifos y en la existencia de incoherencias entre el censo electoral y los sufragantes (más votos que votantes), encontró imprecisión en los cargos, pero verificadas las pruebas no encontró discrepancias o diferencias sustanciales entre los votos depositados en las urnas, las actas levantadas por los jurados de votación y los escrutinios porque los resultados entre los distintos formularios electorales son coincidentes. Además que no se adjuntó el censo electoral para compararlo con las personas que sufragaron en las mesas impugnadas, por tanto los documentos electorales continúan revestidos de la presunción de legalidad. Igual consideración es predicable de la censura de que se presentaron más votos que votantes.

Frente al cargo de que se incluyeron en el escrutinio mesas que no ingresaron al arca triclave o que no se retiraron para el escrutinio, las pruebas dan cuenta de otra realidad en tanto las comisiones escrutadoras verificaron los resultados mesa por mesa, en orden descendente como consta en las actas respectivas. En consecuencia, la acusación no fue probada.

1.7. La apelación.

El demandante Albeiro Vanegas Osorio (Exp. 2009-0034) y el coadyuvante opositor a la demanda Elmer Ramiro Silva Rodríguez (Exp. 2009-0037) apelaron la decisión, con base en los argumentos que en síntesis fueron:

1.7.1. Apelación de la parte actora (Albeiro Vanegas Osorio). Folios 478 a 480 y 534 a 539 cdno. ppal.

Insistió en la **incompetencia absoluta de la Comisión Escrutadora Zonal para efectuar el recuento de votos**, con base en tres supuestos, el primero referido a que la Comisión **no tenía facultad para ejercer el recuento de votos en forma oficiosa**; el segundo porque **el recuento efectuado por los jurados de votación enervó la competencia para esa misma actividad por parte de la Comisión Escrutadora Zonal** y el tercero porque **estaba pendiente resolver los recursos de apelación interpuestos oportunamente por los partidos de la U y Liberal Colombiano ante esa comisión**.

Frente al primero de los argumentos criticó al tribunal por el alcance interpretativo que le dio al artículo 164 del Código Electoral, pues a juicio del apelante, esa norma lejos de consagrar un poder oficioso en cabeza de las comisiones escrutadoras se refiere exclusivamente a una competencia a ruego "*a petición de los candidatos, de sus representantes o de los testigos electorales*" en los casos de diferencia del 10% entre los votos por las listas de candidatos, tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación o en caso de duda de la comisión. Con esto se limita la facultad discrecional de las comisiones escrutadoras para el recuento de votos.

Por consiguiente, la única facultad oficiosa de las Comisiones es la contenida en el artículo 163 del Código Electoral, es decir, para el caso que las actas presenten tachaduras, enmendaduras o borrones. Como esta última situación no se presenta y no hubo petición de parte, en el caso sub júdice, la Comisión Escrutadora Zonal no podía proceder de oficio al recuento de los votos.

En relación con el segundo argumento atinente a la imposibilidad de desconocer el recuento realizado por los jurados de votación indicó que el sistema electoral permite tanto a los jurados como a las Comisiones Escrutadoras Zonales la práctica del recuento de votos, pero a juicio del apelante, se trata de una competencia a prevención "*de manera que el órgano que la ejerce primero previene en su conocimiento e impide a los demás que lo hagan*" y pasa a ser una competencia privativa en la que se puede modificar los resultados de la votación. Además, debe tenerse en cuenta que frente al recuento realizado por los jurados de votación no se presentó impugnación o reclamación, por tanto quedó en firme y no cabía que otro órgano diferente volviera a recontar los votos.

Además, con respecto al recuento de votos realizado por los jurados de votación no se presentó ni impugnación ni reclamación de los candidatos o sus representantes o de los testigos electorales, de tal suerte que quedó en firme y era improcedente que se volviera a efectuar por un órgano diferente. Insistió en que la facultad oficiosa de recuento por parte de las comisiones escrutadoras depende de la existencia de tachaduras, enmendaduras o borrones, de lo contrario éstas se obligan por ley a realizar el escrutinio con base en las actas de los jurados de votación.

Frente al tercer argumento, esto es, la incompetencia porque estaba pendiente decidir el recurso de apelación el recurrente indicó que la comisión escrutadora transgredió el debido proceso por cuanto practicó el recuento de votos sin tener en cuenta el efecto suspensivo en que debía conceder los recursos de apelación formulados por los partidos Liberal y de la U contra la decisión de la Comisión Escrutadora Zonal de recontar los votos. De manera que correspondía al superior jerárquico decidir sobre las impugnaciones, sin que en el interregno pudiera la comisión proceder a realizar el recuento por cuanto su decisión no estaba en firme, conforme lo disponen los artículos 166 y 193 del Código Electoral, que se aplican por analogía.

1.7.2. Apelación del coadyuvante del demandado (Elmer Ramiro Silva Rodríguez, Exp. 2009-0037). Folios 529 a 531 cdno. ppal).

Se remitió a todos los memoriales y alegatos que oportunamente presentó dentro del proceso para que se comprenda el cúmulo de errores procedimentales y las fallas protuberantes, tales como negar las excepciones propuestas y concurrentemente negar las pretensiones de la demanda; la omisión en la declaratoria de la nulidad de todo lo actuado "*cuando señalamos que se habían admitido unas demandas que debieron inadmitirse o rechazarse*", tampoco hubo solución a la falta de sorteo para escoger conjueces ni para asignar la competencia de los procesos acumulados al Magistrado Ponente. Por lo anterior concluyó que lo correcto es declarar la nulidad de todo el proceso y ordenar que éste se rehaga.

1.8. Los alegatos en la segunda instancia.

En esta etapa procesal sólo la parte demandada alegó de conclusión. En síntesis dijo:

La controversia radica en el procedimiento de recuento de votos utilizado por la comisión escrutadora para llenar la omisión del jurado, pero no recae en los resultados del escrutinio realizado por el jurado. En consecuencia, todas las cifras anotadas en el acta son válidas y han sido reconocidas por todos los intervinientes.

Sobre la alegada por la parte actora prohibición del recuento de votos, prevista en el artículo 164 del Código Electoral, aseveró que es predicable de la comisión escrutadora, la cual no puede confundirse con ninguna otra de las autoridades que intervienen en las distintas etapas de escrutinio: jurados de votación, delegados del Consejo Nacional Electoral, Consejo Nacional Electoral, en tanto cada una tiene origen, composición y competencias diferentes.

Indicó frente al recuento previsto en el artículo 122 del Código Electoral que *“la ley utiliza la expresión ‘papeletas’ y no votos -como en las otras normas- probablemente por el hecho de que en esa primera etapa se realiza la calificación y clasificación de las papeletas, actualmente denominadas ‘tarjetas electorales’, las cuales no se consideran votos hasta tanto no culmine la calificación, en tanto podrían ser consideradas tarjetas no marcadas, razón por la que el recuento en esta primera etapa no es asimilable al que realizan las Comisiones Escrutadoras”*.

Planteó que la omisión en el E-14 de los jurados de votación de anotar los votos a favor del candidato del partido Cambio Radical no es en realidad un error aritmético si se acude al concepto decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado como *“error en las operaciones aritméticas que se realizan para contabilizar los votos que aparecen en los varios registros de la misma acta o documento”*¹ o error en la suma o resta de los votos.

Este yerro en realidad no se dio en el caso concreto porque el total de la votación de la mesa corresponde exactamente al total de los votos depositados en la mesa y a la contabilización y cómputo que de los mismos hicieron los jurados de mesa, el cual coincidió con el total de sufragantes de la mesa conforme los datos del E-11. En últimas se trató de una omisión en la anotación.

¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 7 de noviembre de 2002. Exp. 4700123310002000091201 (2947). Actor: Javier Alfonso Gutiérrez Miranda. Demandado: Concejal Municipio de Sitio Nuevo.

No obstante, indicó que aunque se tratara de un error aritmético lo cierto es que en atención a la finalidad del escrutinio, la Comisión Escrutadora Zonal estaba obligada a adoptar una solución a la omisión generada por los jurados de votación *“en cuanto se trataba de un hecho evidente y de público conocimiento durante la audiencia, advertido por los escrutadores al momento de abrir los pliegos electorales correspondientes a la mesa, y susceptible de alterar la voluntad popular expresada en las urnas si no se subsanaba”*.

Expresó que si se parte de que la omisión constituía un error aritmético lo ideal era haber corregido el registro correspondiente realizando nuevamente las operaciones aritméticas, sin que se requiriera recuento de votos, pero de todos modos lo que sí no era viable era igualar la falta de registro a cero (0) porque ello sí constituiría una falsedad.

Sobre la competencia del Consejo Nacional Electoral indicó que si bien es cierto la omisión partió de los jurados de votación, ésta se convirtió en omisión de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes tenían la obligación de resolver la controversia planteada por los reclamantes sobre el recuento de votos y la realización del escrutinio.

Por otra parte, la omisión de anotar los resultados en el acta no está prevista como hecho constitutivo de reclamación en el artículo 192 del Código Electoral y menos que su consecuencia sea la exclusión, la anulación o la corrección.

Finalmente, consideró que el recuento de votos cumplió una función secundaria pero fundamental, ya que garantizó los principios de transparencia y eficacia del voto, que permitió verificar el resultado del escrutinio no anotado en el acta, por ello la posible incompetencia de la Comisión Escrutadora Zonal para recontar los votos no puede invalidar la actuación de la Comisión, por cuanto no modificó la voluntad popular sino que se trató de una decisión justa y acertada.

1.9. El concepto del Ministerio Público en la segunda instancia

El agente del Ministerio público solicitó confirmar la sentencia recurrida, con apoyo en un antecedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado proferido dentro del proceso de nulidad electoral contra la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, en el que se avaló el recuento

oficioso de votos no sólo en el caso de tachaduras, enmendaduras y borrones, pues debe entenderse que la norma es enunciativa y no absoluta y excluyente pero eso sí bajo el respeto y observancia de la competencia orgánica.

En el caso sub-lite se probó que los jurados de votación al escutar los votos correspondientes a la mesa 010, zona 01, puesto 02 del municipio de Arauca omitieron consignar en el formulario E-14 la votación que fuera depositada en esa mesa a favor del candidato Luis Eduardo Ataya Arias. Esta omisión fue advertida y corregida oficiosamente por la Comisión Escrutadora de la Zona 1, actuación que por lo expuesto no desborda el marco legal, por el contrario responde a él (fols. 546 a 567 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante Albeiro Vanegas Osorio y el coadyuvante del demandado contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca, en razón a lo dispuesto en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 250 del Código Contencioso Administrativo.

1. El acto demandado

La pretensión de nulidad electoral recae sobre el Acuerdo 001 de 18 de junio de 2009 expedido por el Consejo Nacional Electoral por medio del cual se resuelve un desacuerdo de los Delegados del Consejo Nacional Electoral del Departamento de Arauca y se declara la elección del señor LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS, como Gobernador del Departamento de Arauca para el período constitucional 2008-2011, el cual quedó ejecutoriado el 18 de junio de 2009.

Otras decisiones adoptadas en ese acto fue declarar fundado el recurso de queja presentado por el apoderado del candidato a la Gobernación de Arauca señor Albeiro Vanegas contra las Resoluciones 004 y 010 de 3 de junio de 2009 proferidas por la Comisión Escrutadora Zonal; declarar infundado el recurso de apelación incoado por éste contra la decisión de la Comisión Escrutadora de la Zona 1 del municipio de Arauca de recontar los votos de la mesa 10, zona 01, puesto 02 (Concentración Camilo Torres) y **reconocer pleno valor a los**

resultados del recuento de la mesa 10, puesto 02, zona 01 del municipio de Arauca consignados en el E-24.

2. Aspectos previos: el límite de la actuación del tercero que interviene para coadyuvar u oponerse a la demanda contenciosa electoral y la falta de interés para recurrir

La Sala considera frente a los planteamientos de apelación del coadyuvante que deben ser negados, por cuanto carece de interés para recurrir, como pasa a explicarse:

El coadyuvante, por disposición legal, sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales **que estén en oposición** a ella. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda con dos condiciones: que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio.

La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde a que no reclama un derecho propio "*actúa para sostener las razones de un derecho ajeno*"², su interés radica en su conveniencia personal de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor porque de ello depende su beneficio (indirecto).

Como ya se mencionó el proceso contencioso electoral tiene regulación propia para esta figura procesal, que está contenida en el artículo 235 del C.C.A. mediante el cual se permite al tercero prohiar u oponerse a las peticiones de la demanda, claro está con las limitantes propias de la coadyuvancia, en tanto no es un cotitular de la misma pretensión del coadyuvado al carecer dentro del proceso de pretensión propia, por ende, "[su] *legitimación [es] menos plena, [porque] sin*

² Devis Echandía, Hernando, en Compendio de Derecho Procesal – Teoría General del Proceso, pág. 352, en cita de Carnelutti: Instituciones, t. II, num. 105 y Sistemas, t. I, num. 143; Chiovenda: Principios, t. II, num. 36; Guasp: Derecho Procesal Civil, p. 215—218; Hugo Alsina: Unificación de la Legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal, en "Estudios procesales; en memoria de Eduardo J. Couture", pag-409-411; Couture: Estudios, ed. Cit., t. III, p. 219-231.

*facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla o defenderla en el proceso iniciado por éste o contra éste*³, por eso su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio o la *litis contestatio*, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o *litis* propia⁴.

En el caso concreto la sentencia de primera instancia fue denegatoria de las pretensiones, es decir, que el elegido Gobernador de Arauca Dr. Luis Eduardo Ataya Arias mantuvo su investidura de primer mandatario seccional. Por otra parte, Elmer Ramiro Silva Rodríguez intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda (ver folios 194 a 195 cdno. ppal) así que su participación en el proceso está adherida a la actuación de la parte a la cual coadyuva, es decir, al demandado, quien no apeló porque la sentencia le fue favorable.

El interés para recurrir tiene como fundamento la necesidad de que la providencia sea corregida o modificada en aquello que perjudica a quien recurre “puede aceptarse que sin interés no procede recurso. Se trata del interés especial por resultar perjudicado con la providencia. Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en el proceso, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la ley [...]. [el coadyuvante] no puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con éste, porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal”⁵.

³ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso. Tomo I. 12 ed. Diké. Bogotá. Pág. 353.

⁴ Sobre el tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 5 de octubre de 2006 consideró: “*Si el propósito del tercero interviniente va más allá de la mera coadyuvancia, porque busca la nulidad del acto acusado con base en cargos no presentados en la demanda a la que adhiere, no puede hacerlo a través de su intervención adhesiva porque no puede modificar la causa de dicha demanda [...]*”. Exp. 3557. Actor: Unaldo José Rocha Ojeda y otros. En sentencia de 11 de abril de 1996 “[...] como resulta del artículo 137 numerales 3 y 4, del Código quienes en calidad de coadyuvantes comparecen a los procesos electorales encuentran delimitada su intervención por los términos de la demanda, pues, se repite, los hechos y las omisiones de la demanda, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación constituyen la materia del proceso, de manera que quien acude al proceso para coadyuvar la demanda sólo puede apoyar la causa del demandante, delimitada a la demanda [...]”. Exp. 1522. Actor: Jaime Rafael Arango Viana.

⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal – Teoría General del Proceso. Tomo I. Biblioteca jurídica Diké. 12 ed. Págs. 356, 558 y 559.

La Sala concluye entonces que el recurso de apelación referido no será tenido en cuenta por falta de interés para recurrir.

3. El problema jurídico objeto de la apelación

Para la Sala se centra en determinar si la Comisión Escrutadora Zonal podía: **a)** realizar recuento oficioso de votos; **b)** efectuar recuento sobre recuento y, **c)** si era viable que realizara el recuento de votos cuando la decisión estaba apelada y, por ende, carecía de firmeza. Estas actuaciones por parte de la Escrutadora Zonal dieron lugar a que al candidato del partido Cambio Radical se le reconocieran a su favor sesenta y seis votos, en Mesa 010, del puesto 02, de la zona 01 del municipio de Arauca.

Para resolver el punto se tendrán en cuenta los siguientes temas: la preclusión en el procedimiento electoral; la evolución jurisprudencial sobre la facultad de recuento; los hechos probados y el caso concreto.

3.1. El principio de la preclusión

Conceptualmente entendido también como principio de la eventualidad, cuya finalidad es dar firmeza a los actos de que se trate pero ante todo impartir al proceso un orden riguroso, al punto que parte de la doctrina apoda a cada una de esas etapas estrictas “compartimientos estancos”⁶, toda vez que imponen a las partes y al juez el ejercicio de una actividad para que ella tenga valor, es decir, clausura y cierra la posibilidad de actuar cuando no se ejerce dentro del período determinado.

La Sala considera pertinente observar el entendimiento que sobre la preclusión ha tenido la Corte Suprema de Justicia si bien con respecto a los procesos judiciales, aplicable en su trasfondo y generalidades al asunto materia de este proceso. En efecto, la preclusión administrativa -o judicial- es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y resulta por regla general en los siguientes eventos: a) por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la ley para la ejecución de una conducta procesal; b) por realizarse una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse

ejercido en etapa anterior esa facultad. La primera tiene ocurrencia cuando la conducta se ejerce por fuera de los términos de ley. Así, el no apelar o reclamar dentro del término legal, conduce a la extinción de esa facultad, queda así clausurada la etapa procesal respectiva. El segundo evento corresponde a lo que se denomina el principio de eventualidad. O sea, en el caso de proposiciones excluyentes, *in eventum*, de que una de ellas se deniegue, debe darse entonces entrada a la subsiguiente: al recurso de reposición se le acumula el subsidiario de apelación; al primero se le acumula en algunos casos el de queja. El tercer caso de preclusión alude a la consumación de una actuación que la ley limita en su ejercicio a una sola vez⁷.

En el desarrollo del proceso administrativo electoral son varias las autoridades que en él intervienen dependiendo del cargo o corporación de que se trate, pero ante todo con una total preponderancia de si se está frente a una elección local, seccional o nacional. Por otra parte, la mayoría de las autoridades escrutadoras ejercen un doble papel, el primero, responde a la facultad que tienen para contar los votos, verificar y consolidar los resultados que a su vez conlleva la función de declarar la elección y otorgar la credencial a los elegidos; el segundo papel, está dado por la competencia de ejercer como segunda instancia frente a quien jerárquicamente en materia electoral es su “*a quo*”.

El Código Electoral, que aunque de por sí presenta en forma disgregada la asignación de las competencias en materia de escrutinios, no impide que se determine a quién, *ab initio*, corresponde la función de escrutar y a quién le corresponde el poder jerárquico y funcional sobre esa primera autoridad escrutadora para efectos de decidir sobre los cuestionamientos contra las decisiones por ella adoptadas.

Una lectura detenida del Código Electoral da cuenta de que en la base se ubican los jurados de votación, luego la Comisión Escrutadora Auxiliar, cuya existencia depende de si el territorio electoral a escrutar, entiéndase distrito o municipio, ha requerido la división en zonas, a fin de facilitar las inscripciones, votaciones y escrutinios (art. 79 C.E.) y esa es la razón por la cual no siempre se escucha hablar de ellas. Enseguida y como superior jerárquico de esas escrutadoras

⁶ Ibidem (5) pág. 49.

⁷ La cita corresponde a MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. 9 ed. Editorial ABC. Bogotá. 1985. Págs. 191 y 192.

auxiliares aparecen las Comisiones Escrutadoras Distritales o Municipales y sobre éstas la jerarquía se predica de las Comisiones Departamentales –conformadas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral- cuya instancia superior recae en la máxima autoridad electoral, esto es, el Consejo Nacional Electoral.

Dentro de ese doble papel de autoridad escrutadora y de autoridad jerárquicamente funcional es claro que algunos hechos constitutivos de alegación, bien sea por vía de la reclamación o de la apelación, deben estar claramente delimitados a fin de no mezclar las competencias que se derivan del ejercicio de ese doble papel, toda vez que en algunos eventos la ley le ha otorgado a la autoridad escrutadora electoral, sin importar su nivel, el *imperium* suficiente y exclusivo para resolver y predicar de su decisión la firmeza y la ejecutividad necesarias, sin que la autoridad que es superior para otros temas pueda tener injerencia en ella.

Por lo anterior, la consagración de normas como el último inciso del artículo 164 del Código Electoral cuando se refiere a que verificado el recuento de votos por la comisión escrutadora “**no procederá otro alguno sobre la misma mesa de votación**”; o la orden legal impartida por el artículo 166 a las comisiones escrutadoras distritales o municipales de conocer y decidir las apelaciones contra las decisiones de sus homólogas auxiliares o los desacuerdos y a su vez efectuar el escrutinio general de votos emitidos en el distrito o municipio **y resolver las reclamaciones que le propongan frente a sus propios escrutinios** dan cuenta de su competencia restringida frente a la Comisión Auxiliar que permite predicar la aplicación de la preclusión en las etapas administrativas electorales, siempre que la competencia asignada sea de aquellas privativas de la respectiva Comisión.

Con base en lo anterior la Sala afirma sin hesitación alguna que la preclusión o cierre de las actuaciones administrativas electorales de cada una de las autoridades escrutadoras debe ser vista según cada caso, a fin de no teorizar en forma tal que lejos de proteger el sistema electoral en pro de la democracia y del respeto a una de las manifestaciones más directas del derecho político como es el derecho a elegir y ser elegido, se convierta en un obstáculo infranqueable.

3.2. La evolución jurisprudencial sobre la facultad de recuento de votos

El recuento de votos implica que la autoridad electoral escrutadora facultada legalmente para ello tiene la posibilidad de verificar la contabilización hecha *ab initio* a fin de dar transparencia y efectividad a la voluntad electoral.

Observada la jurisprudencia la Sala encuentra que en materia de recuento de votos y el ejercicio oficioso de esa actividad son dos las etapas demarcadas antes y después de la sentencia de 22 de marzo de 2007 en la cual se decidió la demanda acumulada de nulidad electoral de los Representantes a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca.

En efecto, en la etapa que antecedió a esta sentencia la hermenéutica sobre el recuento de votos oficioso se le dio un carácter restringido y estricto, bajo una interpretación exegética de las normas.

En sentencia de 20 de marzo de 2003⁸ se advirtió en forma expresa que la facultad oficiosa para el recuento de votos sólo procedía en los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de escrutinio y que en el evento *“en que no se adviertan irregularidades, ni las personas autorizadas para solicitar reclamaciones lo hagan en la oportunidad debida, el escrutinio de las Comisiones Escrutadoras deberá efectuarse con base en los registros de escrutinio de los jurados de votación. [...]”*. Esta posición se reiteró en sentencia de 2 de diciembre de 2005⁹ en la cual se consideró que el recuento oficioso de votos sólo procedía por las enmendaduras y los otros yerros y que *“las Comisiones Escrutadoras no pueden alterar la contabilización de votos adoptada en un escrutinio inferior, a menos que a ello haya lugar por las únicas razones que autoriza la ley y que corresponden, o bien a una reclamación que en ese sentido se les plantee y cuya resolución les corresponda de conformidad con la ley, o bien, por aplicación de la facultad oficiosa de recuento de votos de que trata el artículo 163 del Código Electoral, cuando se adviertan tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de escrutinios de los Jurados de Votación [...]”*.

Posteriormente, en providencia de 14 de diciembre de 2005¹⁰ se consideró que el escrutinio general que efectúa la Comisión Escrutadora Departamental se

⁸ Sección Quinta. Exp. 3049. Actor: José Antonio Cortés Higuera y otros. Demandados: Diputados a la Asamblea de Boyacá.

⁹ Sección Quinta. Exp. 3876. Actor: Gustavo Vásquez Morales. Demandado: Alcalde del municipio del Guamo.

¹⁰ Sección Quinta. Exp. 3521. Actor: Osbaldo Cáceres Maldonado. Demandados: Diputados a la Asamblea del Departamento del Casanare.

fundamenta en el escrutinio realizado por las Comisiones Escrutadoras Municipales o Distritales, pero, con base en el artículo 182 del Código Electoral, se mencionó que como medida **excepcional** las Comisiones Escrutadoras Departamentales pueden realizar el recuento físico de los votos ante la negativa de hacerlo de la comisión municipal o distrital o porque las Escrutadoras Departamentales lo hallaren fundado previa apelación de la decisión.

No obstante, en algunos de sus pronunciamientos, la Sala morigeró un poco la posición estricta en algunas de sus providencias. Así, en sentencia de 29 de junio de 2001¹¹ se aludió a los errores de los jurados de votación en el conteo de votos y la posibilidad de correcciones por parte de la comisiones escrutadoras, más allá de los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones, ante la invocación de los principios de contenido superior que regentan el proceso electoral como lo es la transparencia (num. 1, art. 1 del C.E) que obliga a que las comisiones escrutadoras corrijan las inconsistencias o yerros de los jurados de votación pero dejen anotación expresa del cambio.

En sentencia de 6 de mayo de 2005¹² al referirse a la carga de la prueba de la falsedad para atacar el recuento de votos cuando se hubieren modificado los resultados diferenció entre qué pasaba ante la existencia de explicación del cambio por recuento de votos o por reclamación o cuando esa explicación no existiera; lo que evidencia que existe el recuento de votos que no se deriva de la reclamación y que se da incluso eventos en que la modificación responde a actos diferentes del recuento de votos. En efecto, con base en los artículos 163 y 164 la Sala concluyó lo siguiente:

*“[...] las Comisiones Escrutadoras no sólo están facultadas sino que es su deber efectuar el recuento de votos y si es del caso modificar los datos registrados en las actas de escrutinio de los jurados de votación cuando evidencien errores o inconsistencias entre el escrutinio de los jurados y lo expresado en las urnas. Conforme a lo anterior se tiene que la modificación de las cifras por recuento de votos es suficiente argumento jurídico para justificar el cambio del resultado del registro electoral, por lo que **cualquier irregularidad tendiente a alegar la nulidad del registro por falsedad, deberá demostrarse plenamente. Esto tiene una gran importancia para la carga de la prueba de la falsedad, pues cuando se presenta modificación de los datos en la comisión escrutadora sin que exista explicación de aquello, ese hecho constituye un significativo elemento***

¹¹ Sección Quinta. Exp. 2477. Actor: Juan David Duque Botero. Demandado: Edil de Chapinero (Bogotá D.C.).

¹² Sección Quinta. Exp. 3544. Actor: Artemio Samuel Solarte Apraez. Demandado: Alcalde del municipio de Valle del Guamuez.

de juicio para desvirtuar la veracidad del registro electoral definitivo. Mientras que si el cambio de registro verificado por la Comisión Escrutadora obedece a una reclamación o al recuento de votos, corresponde, a quien la alega, demostrar plenamente que el registro es falso.”.

El cambio jurisprudencial aparece con la sentencia ya mencionada proferida por la Sala el 22 de marzo de 2007, en el entendido de que las disposiciones del Código Electoral deben ser adaptadas en su interpretación al Acto Legislativo 01 de 2003 porque éste superó los supuestos de hecho consagrados en el Código Electoral del año de 1986, así figuras como el voto preferente, el umbral o la cifra repartidora evidencian que los hechos constitutivos de recuento derivados de tachaduras, borrones o enmendaduras, por el cambio de las circunstancias reguladas en la Reforma Política de 2003, **pasaron a ser un enunciado ejemplarizador pero no taxativo ni limitante ante la realidad del nuevo sistema electoral**, argumentos que en esta oportunidad prohíja la Sala en su esencia y en su concepto filosófico son aplicables a los cargos de elección unipersonal si tiene en cuenta que en efecto el tiempo transcurrido entre 1986 hasta nuestros días ha traído al mundo jurídico electoral avances que sobrepasan a la realidad fáctica de ese antaño.

El antecedente jurisprudencial citado en precedencia se transcribe para una mejor comprensión:

“1. Recuento oficioso de la votación por parte de la comisión escrutadora municipal de Chocontá:

*Tilda la parte demandante de ilegal la actuación desplegada por la Comisión Escrutadora del Municipio de Chocontá, **por haber realizado, en forma oficiosa, el recuento total de las 33 mesas instaladas en dicha circunscripción electoral**, considera que ello sólo era posible ante petición formulada por los candidatos o cualquiera de las personas habilitadas por el Código Electoral.*

*Según la copia auténtica del Acta General del Escrutinio Municipal para Senado y Cámara – Marzo 14 de 2006, elaborada por la Comisión Escrutadora Municipal de Chocontá [...], **el recuento oficioso de la votación es cierto**, puesto que allí explícitamente se dijo: “Se hizo recuento de votos de todas las mesas”. **Pero tal circunstancia no puede tomarse como irregular o con entidad para viciar el acto de elección, pues como se verá se trata de una actuación reglada y por lo mismo conforme al ordenamiento jurídico.***

En efecto, el escrutinio, que en estricto sentido corresponde al cómputo de los votos depositados en las urnas con miras a determinar el candidato o candidatos que han resultado victoriosos en las justas electorales, está

guiado por los principios rectores del Código Electoral y en particular por su objeto, **en donde se proclama que tanto el proceso como la organización electoral pondrán toda su capacidad “para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas”**. Por lo mismo, el compromiso de lograr la fidelidad o autenticidad de los resultados electorales durante los escrutinios se encomienda no solo a los candidatos, sus apoderados o los testigos electorales, sino también a los miembros de las comisiones escrutadoras, quienes deben realizar el conteo de la votación, en principio, con fundamento en las actas respectivas.

Esa competencia conjunta se aprecia en lo dispuesto en los artículos 163 y 164 del Código Electoral [...].

Lo dispuesto en las normas anteriores conduce a sostener que **el recuento de votos puede practicarse en forma oficiosa por la comisión escrutadora municipal o también por solicitud de cualquiera de los candidatos, sus apoderados o los testigos electorales**. Si se mira con detenimiento el artículo 163 del C.E., se advertirá que los miembros de **las comisiones escrutadoras municipales no zonificadas, o las zonales cuando la respectiva entidad territorial lo está, tienen competencia para verificar la votación depositada en una mesa, practicando el recuento respectivo, de llegar a advertir la comisión de anomalías o irregularidades en su contabilización, potestad que se infiere de las modalidades enunciativas que allí se citan como son anomalías en los sobres, tachaduras, enmendaduras o borrones**.

Además, cuando el artículo 164 del Código Electoral prescribe que la comisión escrutadora no podrá negar el recuento de los votos cuando en su opinión exista duda sobre la exactitud de los cómputos efectuados por los jurados de votación, está dando una razón adicional para que proceda el recuento oficioso de la votación, máxime si como en el sub lite la comisión escrutadora municipal de Chocontá estableció que los jurados de votación de las distintas mesas instaladas en esa circunscripción electoral se confundieron al totalizar la votación, dando lugar a su doble contabilización, sumando indebidamente los votos depositados por los candidatos y por las lista, o como allí mismo se dijo: ‘Los jurados sumaron mal el total de los votos por lista debido a que sumaron votos del candidato y votos de la lista, y lo colocaron en la casilla de lista, de tal forma duplicó la votación’[...].

Debe reiterarse que los motivos consignados en el artículo 163 del Código Electoral para proceder al recuento oficioso de la votación, tales como anomalías en los sobres, tachaduras, borrones o enmendaduras, correspondían a las circunstancias propias de la época en que se expidió el Decreto 2281 de 1986 consagratorio del Código Electoral, las cuales deben complementarse con las anomalías que actualmente pueden presentarse durante los procesos electorales, sobre todo por la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional (C.N. 1991) y por la implementación de la reforma política contenida en el Acto Legislativo 01 de 2003, donde además de reemplazarse como sistema dominante el cuociente electoral por el de la cifra repartidora, se abrió paso la posibilidad de

que los electores sufragaran por listas con voto y sin voto preferente, lo que conduce a tener mayor cuidado en la contabilización de la votación por correrse el riesgo de su doble cómputo, como en efecto ocurrió en el municipio de Chocontá.

Con la Reforma Política que el constituyente derivado hizo a través del Acto Legislativo 01 de 2003, se incorporó a la vida democrática del país, como ya se dijo, el sistema de la cifra repartidora, como mecanismo para conseguir la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos en las corporaciones públicas de elección popular; con tal fin se permite a esas agrupaciones políticas “optar por el mecanismo del voto preferente”, de tal manera que el elector puede escoger entre la lista de aspirantes al de su preferencia, con la posibilidad de que el resultado de esa votación pueda llegar a reordenar la lista inscrita; de no optarse por esa posibilidad el elector sólo puede votar por la lista y cualquier marcación adicional que se haga frente a candidatos será inocua pues no podrá reordenarla. Es decir, tanto los jurados de votación como las comisiones escrutadoras enfrentan dificultades nuevas y de alguna complejidad, en la medida que la doble posibilidad de votación que introdujo la Reforma Política de 2003, aumenta la probabilidad de incurrir en error en la contabilización de los votos.

Esta circunstancia, sin duda, entró a formar parte del abanico de eventos que según el artículo 163 del Código Electoral pueden llevar a que las comisiones escrutadoras, de oficio, realicen recuento de la votación depositada en una mesa, puesto que dichos **funcionarios deben estar atentos “acerca de los sobres que tengan anomalías”, y si al romper encuentran, al revisar las actas de escrutinio de los jurados de votación, que se incurrió en doble contabilización, es su deber proceder a realizar el recuento respectivo para depurar los resultados electorales arrojados por los escrutinios practicados por los jurados; de omitirse ese procedimiento se daría paso a la declaración de una elección que desde luego no sería “reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas”.**

Sin embargo, el recuento oficioso de que da cuenta el artículo 163 del Código Electoral, modificado por el artículo 11 de la Ley 62 de 1988, **es restrictivo orgánicamente hablando, es decir no puede hacerlo cualquier comisión escrutadora, puesto que ello además de desquiciar el sistema de escrutinios caracterizado por el principio de la preclusión o de la eventualidad, iría en contravía de la norma anterior.** En dicho precepto si bien se otorga esa facultad de recuento oficioso, no se hace respecto de cualquier comisión escrutadora, **sino de aquellas que tienen el deber de practicar el escrutinio inmediatamente después de que lo han hecho los jurados de votación,** lo cual se infiere de su inciso 1º al decir: **“Al iniciarse el escrutinio, el Registrador dará lectura al registro de los documentos introducidos en el arca triclave”** (negrillas de la Sala), de modo que únicamente pueden utilizar dicha facultad las comisiones escrutadoras zonales o municipales donde no funcionen comisiones escrutadoras zonales, todo lo cual no obsta para que el mismo recuento proceda a petición de parte interesada en las oportunidades permitidas por el Código Electoral.

Adicionalmente señala la Sala que los resultados electorales derivados de la actuación de la comisión escrutadora del municipio de Chocontá cuando

*decidió practicar recuento oficioso de la votación, **no pueden tomarse por falsos por esa sola circunstancia**, ya que “El recuento de votos por sí solo no configura la causal de nulidad de las actas de escrutinio consagrada en el numeral 2 del art. 223 del C.C.A.”¹³, puesto que además de tratarse de un procedimiento reglado que busca traer mayor transparencia y autenticidad a la decisión tomada democráticamente, **la falsedad de los registros resultantes del recuento debe cumplir con la carga de la prueba, en la medida que tratándose de documentos electorales expedidos por servidores públicos en ejercicio de sus atribuciones legales, se presumen auténticos y por lo mismo verdadero su contenido, de modo que, se reitera, la afirmación de su falsedad debe respaldarse en pruebas, argumentos que igualmente valen frente a la imputación por practicarse un recuento parcial y selectivo, que tampoco puede calificarse de falso por sí mismo, el que además resultó no ser cierto según el acta de escrutinio municipal donde se aclaró tratarse de un recuento total, con algunas dificultades técnicas que sin embargo se superaron al plasmar la información en el formulario E-26.***

Ocurre en el sub lite que la parte demandante solamente hizo la afirmación de la falsedad de tales registros, pero en apoyo de su posición no adujo ningún elemento de prueba, lo que conduce a la improsperidad del reproche”.

La nueva posición de la Sala se sustenta entonces en las siguientes premisas:

- a. El recuento oficioso de la votación no es *per se* irregular, ni vicia *ipso jure* el acto de elección porque está permitido por el legislador.
- b. La aplicación armónica y coordinada de los principios y el objeto del Código Electoral con la nueva normativa constitucional y legal propende por el exacto reflejo de la voluntad del electorado y por la adaptación de las normas de 1986 a las consagradas en las dos reformas políticas constitucionales.
- c. La responsabilidad de la exactitud en los resultados electorales es propia de las comisiones escrutadoras y no sólo de los candidatos, sus apoderados o de los testigos electorales.
- d. Si la comisión escrutadora al revisar las actas de escrutinio de los jurados de votación evidencia que hay irregularidades en el escrutinio debe proceder al recuento para depurar los resultados electorales so pena de que el resultado no sea el reflejo exacto de la voluntad del electorado.

¹³ [NOTA AL PIE en el documento original: “Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de febrero 2 de 1993. Expediente: 0836. Actor: Héctor Augusto Hernández. C.P. Dr. Luís Eduardo Jaramillo Mejía”.]

- e. No obstante, debe tenerse en cuenta que el recuento es restrictivo orgánicamente porque está asignado a unas pocas autoridades electorales.
- f. Finalmente, la carga de la prueba de la falsedad de los registros resultantes del recuento está a cargo de quien los demanda.

Ese cambio de interpretación ajustado a las nuevas realidades electorales permite analizar el caso que ocupa la atención de la Sala.

3.3. El caso concreto y los hechos probados

La prueba documental que está autenticada de su original por el Consejo Nacional Electoral informa sobre el desarrollo cronológico del trámite administrativo electoral y de las actuaciones que se desarrollaron paralelamente, como se relaciona a continuación:

3.3.1. La información en el E-11

En el E-11 de la mesa 010, puesto 02, zona 01 aparece que de las 394 personas habilitadas para votar en esa mesa, lo hicieron 181, discriminados en 156 mujeres y 25 hombres y se lee la siguiente observación: “En el conteo faltó 1 voto que fue encontrado al desarmar la caja. El voto corresponde al candidato del partido de la ‘U’” (fols. 729 a 740 cdno. respuesta a oficio 1075).

3.3.2. Actuación de los jurados de votación

El 31 de mayo de 2009 se expidió el acta de escrutinio del jurado de votación (E-14) correspondiente a la mesa 010, puesto 02 de la zona 01, municipio de Arauca, Departamento de Arauca, lugar: Concentración Camilo Torres. En su texto reza:

“ ...

Partido o movimiento político	Candidatos	Votos
<i>Partido Liberal Colombiano</i>	<i>Adalberto Enrique Jaimes Ochoa</i>	<i>038</i>
<i>Partido Social de Unidad Nacional Partido de la U</i>	<i>Albeiro Vanegas Osorio</i>	<i>048</i>
<i>Partido</i>	<i>Elsa Lourdes Acosta</i>	<i>013</i>

<i>Convergencia Ciudadana</i>	<i>Arias</i>	
<i>Partido Conservador Colombiano</i>	<i>José Edgar Rubio Rico</i>	<i>000</i>
<i>Movimiento Alianza Social Afrocolombiana "ASA"</i>	<i>Ariel Antonio Cisneros Torres</i>	<i>001</i>
<i>Partido Cambio Radical</i>	<i>Luis Eduardo Ataya Arias</i>	

<i>VOTOS EN BLANCO</i>	<i>007</i>
<i>VOTOS NULOS</i>	<i>007</i>
<i>VOTOS NO MARCADOS</i>	<i>000</i>
<i>TOTAL VOTACION DE LA MESA</i>	<i>180</i>

...”

[Nótese que el candidato del partido Cambio Radical Sr. Luis Eduardo Ataya Arias no registra votación]

“Cerrada la votación se procedió a la destrucción de las tarjetas electorales sobrantes. Acto seguido, la urna fue abierta públicamente y de ella se extrajeron los votos. De acuerdo al ACTA DE INSTALACION – LISTA DE SUFRAGANTES Y REGISTRO GENERAL DE VOTANTES (Form. E-11), el total de sufragantes fue de: 181.

- 1. Se incineraron 0 VOTOS EXCEDENTES DEPOSITADOS EN LA URNA.*
- 2. HUBO RECUENTO DE VOTOS: SI.*

Solicitado por: Jurados.

En representación de: Testigos electorales.

Se contaron los votos por cada candidato y los resultados se anotaron en esta Acta.

- 3. OTRAS CONSTANCIAS DE LOS JURADOS DE VOTACION: Faltó un voto y fue encontrado dentro de la caja al ser desarmada a favor del candidato # 2: Albeiro Vanegas Osorio”.*

Firmas de los tres jurados principales y de sus suplentes (copia autenticada por el CNE, fol. 78 cdno. ppal).

3.3.3. Actuación de la Comisión Escrutadora Zonal

En acta general de 2 de junio de 2009 que contiene el escrutinio practicado por la Comisión Escrutadora Zonal No. 1, con respecto a la Mesa 10, puesto 02, zona 01 “concentración Camilo Torres”, advirtió lo siguiente: “*MESA 10. Sobre cerrado y sellado sin novedad: E-14 (Acta de escrutinio de mesa) sin tachaduras ni enmendaduras; firma de seis (6) jurados de votación; hubo recuento de votos solicitado por los jurados y testigos electorales.* Informa también que en el E-14 los Jurados de Votación anotaron: ‘faltó un voto y luego fue encontrado dentro de la urna, pertenece al candidato del partido de la U’”.

Frente al punto que interesa a esta controversia, la comisión escrutadora evidencia al rompe que el acta de escrutinio formulario E-14 de la mesa 10, puesto 02, zona 01 presenta un error aritmético en la suma total de votos, **por lo cual decide de oficio recontar** los votos, con el argumento de garantizar la transparencia y hacer prevalecer el respeto por la voluntad del elector. En efecto, la Comisión indicó:

“encontrando que los votos correspondientes al candidato LUIS ATAYA del Partido Cambio Radical (sic) fueron consignados en el formato E-14, correspondiendo a 66 votos, quedando esa cifra reportada para el candidato LUIS ATAYA del partido Cambio Radical.

Así mismo, ante el conteo hecho de los votos de esta mesa, se corrige la cantidad de votos correspondiente al candidato ALBEIRO VANEGAS del partido de la U, quedando en 49 votos y no en 48 votos.

En conclusión en el formulario E-14 no aparecían registrados los votos del partido Cambio Radical 66 y faltaba registrar un voto al candidato Albeiro Vanegas del partido de la U”

Enseguida dejaron constancia de los seriales de los votos a favor de ese candidato. Y, continúa:

“Los apoderados del partido Liberal Colombiano manifiestan su intención de iniciar procesos penales al no encontrarse de acuerdo con la decisión de la Comisión Escrutadora de abrir el sobre y hacer un recuento, en la mesa 10, por no tener autoridad según ellos denuncian.

Los resultados del formulario E-14 fueron leídos por la Comisión Escrutadora y consignados en el software de escrutinios” (documento autenticado por el CNE, fols. 82 a 98 cdno. ppal).

En consecuencia esta Comisión en el formulario **E-24 de la Zona 01**, mesa 10, puesto 2 consignó el total de 66 votos a favor del candidato Luis Eduardo Ataya Arias y corrigió en 49 votos la votación del señor Albeiro Vanegas Osorio. Para un total de 181 votos que coincide con el total de votos registrado en el formulario E-14 (fol. 233 cdno. 2).

Como enseguida se explica esta decisión fue primero objeto de reclamo y su decisión fue apelada:

3.3.4. Reposan, por una parte, la reclamación ante la Comisión Escrutadora Zonal en formulario E-25 presentada el 2 de junio de 2009 por Néstor Franco -apoderado del Partido Liberal-, con apoyo en la causal "*actas de escrutinios con error aritmético al sumar los votos*", solicita la exclusión de éstos y como motivo de la reclamación se lee: "*La Comisión Zonal hizo recuento sobre recuento, vulneró el último inciso del art. 164 C.E. y agregó 66 votos irregulares*" y, por otra, los recursos de apelación contra la decisión de la Comisión Escrutadora Zonal de "*recontar en forma oficiosa*" la mesa referida presentados por Juan Carlos Galindo en calidad de apoderado del candidato Albeiro Vanegas Osorio, por violar el artículo 164 del Código Electoral toda vez que no podía efectuar recuento sobre recuento; por Saúl Villar Jiménez, en calidad de apoderado del candidato Albeiro Vanegas, con apoyo en argumento similar al anterior y con adición de que el recuento no podía provenir de una solicitud elevada por los mismos jurados de votación (fols. 55 a 57 cdno. respuesta al oficio 1075).

La reclamación del señor Néstor Franco -apoderado del candidato del Partido Liberal, señor. Adalberto Jaimes Ochoa- fue negada mediante Resolución 005 de 3 de junio de 2009 de la Comisión Escrutadora Zonal, por cuanto el artículo 164 del Código Electoral permite a las comisiones escrutadoras recontar los votos cuando haya duda -a juicio de la comisión- en la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación. Indicó que "*una vez efectuada al verificación, la duda de la comisión fue solventada al encontrar 66 votos a favor del Partido Cambio Radical, que en efecto no habían sido anotados por los jurados de votación, y que al incorporarlos en la suma coincidían en forma exacta con la totalidad de los votos y sufragantes de la mesa*" (fols. 369 a 370 cdno. respuesta oficio 1075).

Por otra parte, el recurso de apelación del señor Saúl Villamizar Jiménez no fue tenido en cuenta porque el candidato Albeiro Vanegas ya estaba representado por

el doctor Juan Carlos Galindo, a quien se le rechazó por improcedente por tratarse de una actuación oficiosa de la comisión y porque no se ha negado previamente ninguna reclamación, conforme lo explica la Resolución 004 de 3 de junio de 2009, corregida mediante Resolución 010 de la misma fecha (fols. 334 a 335 y 398 a 399 cdno. respuesta al oficio 1075).

De interés resulta el planteamiento de dicho apoderado en la apelación quien insistió en que se debe buscar la verdad y dar aplicación al principio de eficacia del voto y a lo normado constitucionalmente tendiente a tutelar los derechos ciudadanos que se regulan en los artículos 13, 29 y 40 de la Carta (fols. 125 a 126 cdno. ppal.).

3.3.5. Actuación de la Comisión Escrutadora Municipal

Los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal al resolver entraron en desacuerdo tanto en el aspecto procesal como en el de fondo, como consta en el auto de trámite de 5 de junio de 2009. Una tesis da cuenta de que el recurso de apelación es improcedente por falta de legitimación, en tanto la decisión de recuento por la Comisión Escrutadora Zonal se deriva del ejercicio oficioso de una competencia y, por ende, no procede recurso; la tesis en contrario se inclina por la procedencia del recurso. En relación con el fondo del asunto, una parte de la Comisión es de la tendencia de confirmar la Resolución 005 de 2009 de la Comisión Escrutadora Zonal y la otra, *“argumenta que se debe revocar la decisión atendiendo los argumentos de la parte apelante”*.

Por consiguiente, en aplicación del inciso 3 del artículo 166 del Código Electoral – mod. Art. 12 Ley 62/88- y ante el desacuerdo remite los recursos de apelación y las dos quejas para que sean decididos por la Comisión Escrutadora Departamental (fols. 33 a 34 cdno. 2).

3.3.6. Actuación de la Comisión Escrutadora Departamental

En el Acta de Escrutinios Generales de 7 de junio de 2009 de los Delegados Departamentales del Consejo Nacional Electoral se informa que el apoderado del Partido Liberal retira la reclamación y desiste del recurso de apelación contra la decisión de la Comisión Escrutadora Zonal porque a su juicio los 66 votos registrados corresponden a la voluntad de los 66 araucanos que están registrados

en el E-10, E-11 e integran al E-14 (fol. 130 cdno. ppal. y memorial a fols. 201 a 208 cdno. 2).

Pero, además se destaca que el acta informa sobre el oficio remitido a la Comisión Escrutadora Departamental suscrito por los jurados de votación de la mesa 10, zona 01, puesto 02, que se leyó en público y que informó que por error involuntario ellos no consignaron los 66 votos de Cambio Radical en el E-14 (fol. 137 cdno. ppal).

No obstante, al momento de decidir, los Delegados entraron en desacuerdo en si era viable y constituía deber de la comisión escrutadora proceder a la verificación del escrutinio mediante el recuento de votos ante la duda razonable. Se evidencia que la respuesta de uno de los Delegados es negativa y se apoya en la preclusión de las etapas electorales, esto es, que culminada una de ellas, la siguiente no puede retrotraerse la actuación para subsanar o realizar actuaciones ya llevadas a cabo (documento obrante a folios 170 a 177 cdno. 2).

Insistió en que *“en aplicación del principio de preclusividad (sic), los jurados de la mesa 10, puesto 2, de la zona 1, realizaron el recuento de votos de lo que se dejó constancia en el formulario E-14, lo que impide que sobre la misma mesa se pueda solicitar un nuevo recuento, ante la comisión zonal o municipal, pues no se puede retrotraer la actuación de la comisión para decidir, o realizar de manera oficiosa, un nuevo recuento de votos”*. A su juicio realizar un recuento de recuento es irregular y riñe con los principios electorales de transparencia, de eficacia del voto y de seguridad que deben tener las tarjetas electorales y concluyó que debía decidirse en forma favorable el recurso de apelación.

La posición del otro Delegado se contiene *in extenso* en el acta:

*“De allí que, en primer lugar, era deber de la comisión escrutadora zonal verificar el recuento de una mesa que, a juicio de esa comisión, presentaba duda a su análisis perceptivo por no corresponder la sumatoria de las cifras consignadas en el formulario E-14 y observar igualmente como lo manifestó uno de los miembros de esa comisión escrutadora que **el espacio correspondiente para registrar el número de votos obtenidos por el candidato del Partido Cambio Radical no se le había asignado ninguna cifra, ni siquiera el número cero (0)**. Por tal razón considero válida la actuación de la comisión escrutadora zonal en cuanto que el art. 164 le otorga la competencia a todas las comisiones escrutadoras para **“verificar el recuento de los votos emitidos en una determinada mesa”**, cuando **“haya duda a juicio de la comisión sobre la exactitud***

de los cálculos hechos por los jurados de votación” y en cumplimiento del art. 2 del Código Electoral que manda que las autoridades electorales “protegerán el ejercicio del derecho al sufragio, otorgarán plena garantía a los ciudadanos en el proceso electoral y actuarán con imparcialidad”. Razón suficiente para que la comisión escrutadora zonal estuviera obligada a verificar el recuento de los votos válidamente depositados a favor del partido Cambio Radical en la mesa 10 del puesto 02 de la zona 01 en búsqueda de la exactitud de los cálculos hechos por los jurados de votación”.

Constancia autenticada ante notario de los jurados de votación a la Comisión Escrutadora Departamental de Arauca

Es importante advertir que con fecha 8 de junio de 2009, recibida en esa misma fecha por la Comisión Escrutadora Departamental, los jurados de votación de la Mesa 010, puesto 02, zona 01 manifestaron lo siguiente:

*“En nuestra condición de Jurados de Votación asignados por el Registrador Nacional del Estado Civil a la mesa No. 10 del puesto 2 Zona 1 (Colegio Camilo Torres) de este Municipio capital **incurrimos en un error involuntario al no consignar en el Formulario E-14 de la referida mesa, los sesenta y seis (66) votos que contenía la urna y que corresponde al candidato del partido Cambio Radical LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS. Consideramos nuestro deber ciudadano dejar esta constancia para mayor claridad ante la actual situación que se ha suscitado en esa mesa de este Municipio”** (fol. 325 cdno. respuesta al oficio 1075).*

Finalmente, se advierte que los Delegados en la Comisión Escrutadora Departamental efectuaron los escrutinios pero en razón de la discrepancia, se abstuvieron de declarar la elección, como se registra en el acta de 8 de junio de 2009, folio 139 cdno. ppal.

3.3.7. La actuación del Consejo Nacional Electoral

Está contenida en las consideraciones del acto demandado, Acuerdo 001 de 18 de junio de 2009, por medio del cual el CNE resolvió un desacuerdo de los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el Departamento de Arauca y declaró la elección del señor Luis Eduardo Ataya Arias como Gobernador del departamento de Arauca, período constitucional 2008-2011.

Por tratarse de un recurso de queja, porque no se concedió la apelación, el Consejo Nacional Electoral asumió competencia en virtud del artículo 265 constitucional numerales 3, 5 y 7 que le asigna el conocimiento y decisión definitiva de los recursos contra las decisiones que sobre escrutinios generales

adopten sus delegados; el velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías y efectuar el escrutinio general de toda votación nacional. Por otra parte, el Código Electoral en sus artículos 12, 180, 187, 189, 192 y 193 le otorga competencia para decidir los desacuerdos de sus delegados, llenar sus vacíos u omisiones en la decisión de las peticiones y verificar los escrutinios hechos por sus delegados.

Sobre el fondo del asunto antes reseñado, el Consejo Nacional Electoral expuso que no comparte la motivación del rechazo de la apelación en que la actuación oficiosa no es susceptible de recurso, porque considera que si bien el Código Electoral no prevé que la decisión de recuento sea recurrible, al tratarse de una reclamación especial no enunciada dentro de las causales del artículo 192, participa de su género y por tanto le son aplicables las disposiciones que no sean incompatibles. Agregó que el carácter de reclamación a la solicitud de recuento lo consagra el artículo 122 ibidem, por lo cual no era posible el rechazo del recurso; por tanto, concluyó que era viable el estudio del recurso de queja en razón a que la apelación estuvo mal denegada.

Sobre el desacuerdo entre los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal que se repitió entre los Delegados Departamentales, que finalmente llevó a que el CNE asumiera el estudio de los argumentos de fondo sobre el recurso de apelación presentado por el apoderado del señor Albeiro Vanegas -candidato del partido de la U- contra la decisión de recontar los votos por parte de la Comisión Escrutadora Zonal.

El Consejo Nacional Electoral argumentó que debido a la celeridad propia de los escrutinios, el que un recurso de apelación esté pendiente de decisión no impide el recuento de votos, pero sí impide la firmeza del resultado, por eso el artículo 166 del C.E. consagra que en este evento la autoridad cuya decisión fue apelada se abstenga de expedir las credenciales para que sea su superior funcional quien resuelva el caso y las expida.

En relación con el primer argumento del recurso, referente a la improcedencia del recuento sobre recuento, el CNE indicó que el Código Electoral en su artículo 122 dispone que durante los escrutinios que realizan los jurados de mesas pueden presentarse reclamaciones en las que se incluye el recuento de votos en los siguientes términos: *“Las reclamaciones que tuvieren por objeto solicitar el*

recuento de papeletas, serán atendidas en forma inmediata por los jurados de votación, quienes dejarán constancia en el acta del recuento practicado". Refirió el Consejo que de acuerdo con el Acta de Escrutinio de los jurados de votación, el recuento no se derivó de solicitud alguna, pues la realizaron los jurados quienes dijeron que lo hacían en representación de los testigos. En este punto el CNE considera que los jurados de mesa jamás tienen la condición de testigos, así que no podían invocar esa calidad, pero sí válida dentro del marco de la legalidad la procedencia del conteo por parte de los jurados de votación tantas veces como sea necesario, para que se tenga certeza del resultado.

Argumentó que los jurados de votación no tienen la calidad de comisión escrutadora y que el artículo 164 del C.E. establece la prohibición de recuento pero sobre el recuento de votos de la comisión escrutadora y no sobre el que efectúe los jurados de votación.

Sobre el segundo tema de fondo que consiste en saber si bajo la duda razonable el recuento de votos sólo procede a petición de parte, el Consejo Nacional Electoral, con base en su propio antecedente, indicó que cuenta con la competencia para revisar mesa a mesa, los escrutinios realizados en todas las instancias, cuando sea necesario garantizar la pureza del sufragio y la transparencia del voto.

Manifestó que cuando en el trámite del escrutinio se presente una irregularidad atípica grave que altere el resultado y violente los derechos fundamentales, los escrutadores tienen el deber de adoptar los correctivos necesarios para salvaguardar la voluntad popular y como conclusión indicó:

"[...] la decisión y actuación de los miembros de la Comisión Escrutadora Zona 1 del Municipio de Arauca, en cuanto al recuento de los votos de la mesa 10, puesto 2 se ajustó a los postulados constitucionales y legales; que lejos de constituir violaciones al debido proceso restituye las cometidas por la grave omisión de los jurados de votación que al abstenerse de anotar la votación del candidato del Partido Cambio Radical no solo desconoció los mandatos de los artículos 136 y 142 del Código Electoral en cuanto los obliga a anotar los resultados de todos los candidatos en actos, sino que vulnera de manera flagrante el núcleo esencial del derecho a elegir de los votantes y a ser elegido de los candidatos, a tiempo que lesiona gravemente el principio democrático fundante de nuestro Estado al no reconocer la voluntad de la mayoría expresadas lícitamente a través de votos válidos" (fols. 31 a 73 cdno. ppal).

Dos Consejeros salvaron el voto porque consideran que el recuento de votos no era posible porque los jurados de votación sí gozan de la calidad de comisión escrutadora, tanto así que conforme con el artículo 122 del C.E. pueden resolver las reclamaciones electorales que formulen los testigos. Tampoco consideran que pueda aseverarse que el recuento se haya hecho motu proprio por los jurados de mesa porque la casilla destinada para esa constancia quedó mal diligenciada, lo que permite evidenciar que el recuento se hizo por solicitud de los testigos electorales y, por ende, no procedía el recuento por la comisión escrutadora. Menos procedía porque estaba pendiente resolver el recurso de apelación (fols. 74 a 76 cdno. ppal).

Visto el recaudo probatorio y las motivaciones fácticas y jurídicas de los distintos actos electorales esta Sala encuentra probados los siguientes hechos frente a la mesa ya mencionada:

a) Que en los registros (E-14) los jurados de votación omitieron anotar los 66 votos a favor del candidato de Cambio Radical, aunque sí los incluyeron cuando totalizaron los resultados; que esos votos tienen incidencia en el resultado electoral, ante la diferencia entre los candidatos con mayor votación es mínima, pues el señor Luis Eduardo Ataya Arias (15.321 votos) sobrepasa al señor Albeiro Vanegas Osorio (15.302 votos), en 19 votos.

La Sala observa que es evidente que en realidad el espacio correspondiente al candidato Ataya Arias en el formulario E-14 está en blanco, mientras que por ejemplo en el caso de la casilla de votos no marcados como fueron inexistentes colocaron "000", igual anotación figura para el candidato del Partido Conservador José Edgar Rubio Rico quien no obtuvo votos. Por otra parte si se hiciera la sumatoria de todos los votos anotados (excluidos los 66 no registrados) el total sería de 115 votos y en el E-14 figuran 181, así que en la realidad de los hechos el aparente faltante es de **66 votos**. Corolario de lo anterior es que el resultado total de la votación siempre estuvo claro sin discusión de las partes y el faltante de esos 66 votos no se advierte irregular, falso o apócrifo. Además que en este punto la carga de la prueba es de la parte actora, quien ni siquiera los calificó de esa forma.

Por otra parte, se advierte que la verificación de votos que hicieron los jurados de votación en la mesa se motivó porque no encontraban uno (1) de los votos, que según da cuenta el formulario E-14 fue encontrado cuando la urna fue desbaratada y luego se contabilizó a favor del candidato del partido de la U, señor Albeiro Vanegas Osorio. En momento alguno los jurados ni los testigos tuvieron duda de la existencia o no de los 66 votos.

b) Los jurados de votación de la mesa 10, puesto 2, zona 1 mediante certificación autenticada reconocieron la omisión en la anotación de los 66 votos a favor del candidato Ataya Arias.

c) Luego, la Comisión Escrutadora Zonal se percató de la falta de anotación de los 66 votos y dice el acta que **de oficio recontó los votos** como quedó anotado en el E-24 de la Zona 1 que los votos del candidato Ataya Arias son 66, con lo cual sin duda coincide la sumatoria total de la mesa con los 181 votos reportados por los jurados de votación. Por lo cual dejaron la constancia de los números seriales de cada uno de las 66 tarjetas de votación. Al respecto, no hubo reclamación escrita de los asistentes al escrutinio, sólo manifestaciones verbales de desacuerdo.

d) En la etapa siguiente, la Comisión Escrutadora Municipal conoce del recurso de apelación del candidato del Partido Liberal Colombiano señor Adalberto Jaimes Ochoa contra la Resolución 005 de 2009 por el recuento de votos que de oficio efectuara la Comisión Escrutadora Municipal, que más que una oposición o ataque a la decisión en su contenido propende por una solución de un hecho que calificó de *sui generis*, tanto así que luego desiste del recurso porque en su entender el recuento reflejó la voluntad popular.

No obstante, como el desistimiento fue posterior a la actuación de la Escrutadora Municipal, ésta asumió la competencia pero sus miembros entraron en desacuerdo como también lo hicieron los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental.

Ante los desacuerdos sucesivos de las Comisiones, cuya competencia funcional está jerarquizada, sólo le quedaba al Consejo Nacional Electoral como superior jerárquico de sus Delegados Departamentales asumir el conocimiento de los temas de fondo -el recuento de oficio y el doble recuento- frente a los cuales no

habían logrado acuerdo los miembros de las Comisiones Municipal y Departamental; por lo cual no procedió la declaratoria de elección y la entrega de la credencial respectiva. Es claro entonces que la falta de concordancia entre los miembros de las comisiones escrutadoras trasladó el conocimiento al Consejo Nacional Electoral ante la cadena de desacuerdos.

Por otra parte, es importante poner de presente la causa de la controversia partió de un mero error por omisión de los jurados de votación, quienes reconocieron por escrito y mediante declaración juramentada su yerro, que en últimas no alteró el resultado total de la mesa y que se erige en reflejo de la voluntad del electorado. Además, que esos votos no fueron atacados por hecho constitutivo de falsedad o apocrificidad por los protagonistas en las justas electorales.

Del análisis probatorio reseñado la Sala no encuentra probada la supuesta **“incompetencia de la Comisión Escrutadora Zonal de Arauca para efectuar el recuento de votos de oficio”** porque en realidad lo que hizo esta comisión fue anotar los 66 votos que se habían omitido registrar al candidato Ataya Arias; se reitera sin que ello mutara el resultado total electoral. No debe perderse de vista que la verificación que hicieron los jurados de votación partió del extravío de un (1) sólo voto, pero nunca tuvieron en duda la existencia de los 66 votos que omitieron anotar, como lo reconocieron en su certificación autenticada ante notario.

No cabe la menor duda, que desde un principio la mesa dio un total de 181 votos - incluidos los 66 omitidos en el registro- que igual resultado arrojaron los escrutinios zonal y departamental; tema que no fue objeto de controversia ante las autoridades electorales como tampoco en el presente proceso.

En este caso es evidente que el presunto error alegado tampoco fue de carácter aritmético al computar los votos ante la certeza de dicho cómputo (181 votos), así la verificación que hizo la Escrutadora Zonal simplemente volvió congruente el escrutinio al anotar el registro faltante. Nótese que la oposición verbal de los apoderados de los candidatos no giró en torno al indebido cómputo de los votos en su sumatoria, sino a unas alegaciones de orden procesal administrativo electoral: en el sentido de que el recuento oficioso no era viable porque no había tachaduras, enmendaduras o borrones, punto que la Sala ya explicó con apoyo en la posición que morigeró ante los nuevos fundamentos electorales traídos con la reforma política del año 2003 y la improcedencia del doble recuento, que la Sala

no advierte no sólo porque los jurados de votación nunca tuvieron en entredicho los 66 votos, pues el recuento tuvo como causa única, cierta y directa en el faltante de 1 voto; mientras que la escrutadora zonal lo que hizo fue asegurarse de la existencia de los votos omitidos en su registro, lo cual no alteró la sumatoria total de la mesa y paralelamente un hecho indicativo de la certeza de la omisión está contenido en la certificación autenticada de los jurados de votación de la mesa.

Es innegable que conforme a los artículos 122, 163 y 164 del Código Electoral las comisiones escrutadoras tienen competencia para recontar los votos que escrutaron los jurados de votación e incluso modificar el resultado, por ello ha sido reiterada por la jurisprudencia -explicada al inicio- que es al demandante a quien corresponde la carga de probar que los votos recontados son falsos o apócrifos o que la comisión escrutadora extralimitó el ámbito de sus competencias regladas en materia del recuento, situaciones que no se probaron por los demandantes porque no tuvieron en cuenta la especial situación del caso en estudio.

En relación con el argumento de que la Comisión Escrutadora Zonal no podía efectuar recuento de votos porque previamente los jurados de votación ya lo habían hecho (*“recuento sobre recuento”*) es claro para la Sala que la prohibición que prevé el artículo 164 último inciso del Código Electoral de que *“verificado el recuento de votos por una comisión escrutadora, no procederá otro alguno sobre la misma mesa de votación”* aplica, según las voces de la norma, única y exclusivamente para las comisiones escrutadoras, calidad que no se predica de los jurados de votación.

La diferencia entre esas autoridades electorales –jurados de votación y comisiones escrutadoras- se fundamenta tanto en la autoridad nominadora como en las competencias que ejercen, toda vez que los jurados de votación son designados y reemplazados, mediante resolución, por los registradores municipales y distritales y, en el exterior, por el funcionario diplomático o consular de mayor categoría; mientras que los miembros de las comisiones distritales, municipales y auxiliares son designados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (art. 5 Ley 163 de 1994, lits. 12 y 13 art. 41, arts. 101, 116 inc. 3, 157 y 158 C.E.). En materia de competencias los jurados de votación efectúan el escrutinio de la mesa y conocen exclusivamente de la reclamación especial de recuento de votos; por su parte las comisiones escrutadoras tienen un ámbito más

amplio en el ejercicio de sus funciones, porque además de computar votos, resuelven las reclamaciones presentadas ante los jurados de votación y aquellas que les pongan en conocimiento por primera vez, deciden las apelaciones contra las decisiones de su inferior funcional o los desacuerdos entre los miembros de éste, declaran la elección y entregan las credenciales respectivas (arts. 122, 166, 192 C.E.).

Así que fácticamente en el caso concreto, puede afirmarse que fue la Comisión Escrutadora Zonal quien en su competencia verificó el recuento de votos de los jurados de votación, pero en ningún momento el recuento de votos recayó sobre **otro recuento ya efectuado por ella o por otra comisión escrutadora**, que es el supuesto fáctico que prevé la norma, razón por la cual no es viable entender que incurrió en la prohibición citada en precedencia. El apelante incumplió entonces con la carga de la prueba del artículo 177 del C. de P. C. que le impone probar el hecho previsto en la norma para lograr el efecto jurídico que en ella se consagra.

Por otra parte, tampoco es de recibo la presunta violación al debido proceso ni la falsa motivación que censura el demandante (hoy apelante) Albeiro Vanegas en el hecho de que la Comisión Escrutadora Zonal no podía realizar el recuento de votos porque las apelaciones presentadas por él y por el partido Liberal Colombiano contra esa decisión conllevaban **la falta de firmeza del acto**; pues se trata de un argumento carente de efecto por las circunstancias de hecho si se tiene en cuenta que precisamente la reclamación y las apelaciones recaían sobre el recuento de votos **ya efectuado** por la Comisión Escrutadora Zonal. De suerte que por sustracción de materia no puede afirmarse -como lo hace el recurrente- que la escrutadora zonal hubiera perdido competencia y que estuviera en imposibilidad de recomtar los votos a la espera de la decisión de los recursos, porque dicha actuación **ya se había realizado**.

Finalmente, aun en la hipótesis de que hubiera habido recuento de votos -como se acusa- por las amplias razones jurídicas expuestas por reiterada jurisprudencia transcrita no habría lugar tampoco a la nulidad deprecada.

En tal medida la causal de nulidad electoral alegada de violación al debido proceso y falsa motivación por la parte actora Albeiro Vanegas Osorio y que fundamentó en la incompetencia de la Comisión Escrutadora Zonal para realizar recuento

oficioso de votos, efectuar recuento sobre recuento y recontar los votos cuando la decisión estaba apelada no se estructura. En consecuencia, se confirmará la sentencia denegatoria de pretensiones proferida por el Tribunal Administrativo.

III. LA DECISION

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

FALLA :

- 1°. Confírmase la sentencia dictada el 14 de abril de 2010 por el Tribunal Administrativo de Arauca.
- 2°. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario