

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **MAURICIO TORRES CUERVO**

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001 03 28 000 2007 00043 00

Radicación interna No. 2007 - 0043

Demandante: Dr. Saúl Peña Sánchez

Demandada: Dra. Yolanda Pinto Afanador

Electoral. Sentencia

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El demandante, en su propio nombre y en ejercicio de la “*acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo*”, solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 186 de 13 de julio de 2007 dictada por la Mesa Directiva del Senado de la República, “*Por la cual se llama a desempeñar el cargo de Senadora de la República a la doctora Yolanda Pinto de Afanador*”, en reemplazo del doctor Juan Manuel López Cabrales.

Para fundamentar la demanda manifestó que el 12 de marzo de 2006 se realizaron las elecciones para elegir congresistas para el periodo 2006-2010 y que mediante Resolución No. 915 de 15 de junio de 2006 el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de cien (100) congresistas para dicho periodo y ordenó expedirles las credenciales correspondientes.

Que para las elecciones mencionadas el Partido Liberal Colombiano inscribió una lista de cien (100) candidatos y obtuvo dieciocho (18) curules por el sistema de cifra repartidora, una de las cuales correspondió a Juan Manuel López Cabrales quien posteriormente fue suspendido temporalmente en el ejercicio del cargo de Senador por la Mesa Directiva del Senado de la República a solicitud de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La misma Mesa Directiva, mediante la Resolución acusada, llamó a ocupar el cargo vacante a Yolanda Pinto Afanador quien ocupó el puesto 33 en el orden de inscripción de la lista mencionada.

Como normas violadas citó los artículos 121, 134 y 261 de la Constitución y 84 y 227 del C. C. A.

Como concepto de la violación manifestó que los artículos 134 y 261 de la Constitución disponen que las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente corresponda a la misma lista electoral, y que la Mesa Directiva del Senado de la República violó dicho artículo porque llamó a ocupar el cargo que dejó vacante el Senador López Cabrales a la demandada, quien no seguía en el orden de inscripción, sucesivo y descendente de la lista electoral del Partido Liberal Colombiano; también violó el artículo 121 constitucional que prohíbe a las autoridades estatales ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, porque escogió a su arbitrio la forma de llenar las vacantes de la Corporación y violó igualmente el artículo 84 del C. C. A., porque no se sujetó a las normas constitucionales señaladas al expedir la Resolución acusada, la expidió con falsa motivación, en forma irregular y con desviación de sus atribuciones legales.

Con apoyo en los mismos argumentos que expuso para sustentar la presunta violación de los artículos 134 y 261 de la Constitución, solicitó la suspensión provisional del acto acusado (fs. 1 a 7 del expediente).

El señor César Valencia Parra solicitó que se le tuviera como parte para coadyuvar las pretensiones de la demanda y manifestó que se adhiere a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda (f. 66 ibídem).

1. 2. Contestación de la demanda.

La demandada, por conducto de apoderado y dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma; admitió que el Partido Liberal Colombiano presentó una lista de cien candidatos al Senado de la República en las elecciones del 12 de marzo de 2006, que mediante Resolución No. 915 de 15 de junio de 2006 el Consejo Nacional Electoral declaró elegidos a cien congresistas y que dieciocho de ellos correspondían a la lista del **Partido Liberal Colombiano, entre ellos figuraba Juan Manuel López Cabrales**. Sostuvo que su llamado a ocupar el cargo vacante se fundó en el artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003 que ordena proveer las vacantes con **el candidato no elegido** con mayor votación de la lista respectiva.

Afirmó que las vacancias de cargos de las corporaciones públicas se pueden proveer de dos maneras: 1) por los candidatos que, según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, si esta se inscribió sin voto preferente, como ordenan los artículos 134 y 261 superiores y 2) por los candidatos no elegidos de la lista reordenada de acuerdo con la cantidad de votos que ellos hubieran obtenido, si se trata de lista con voto preferente, en aplicación del **artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003** que estableció que “*...la asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes*”, y del artículo 19 del Reglamento No. 1 de 2003 que reiteró la misma disposición.

Consideró que a ella le corresponde suplir cualquier vacancia de la lista a Senado del Partido Liberal Colombiano porque es la candidata no elegida con mayor votación de dicha lista y afirmó que la Ley 5^a y el Acto Legislativo No. 1

de 1993 le otorgan a la Mesa Directiva del Senado de la República competencia para proferir el acto acusado y que al expedirlo obró de acuerdo con sus atribuciones. Solicitó que se desestimaran los cargos fundados en las demás causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C. C. A., porque el actor no explicó el concepto de la violación y se limitó a decir que el acto acusado se dictó “*atendiendo criterios caprichosos*”.

1. 3. Actuación procesal.

Mediante auto de 30 de agosto de 2007 se admitió la demanda de nulidad electoral, se dispuso impartirle el trámite especial previsto en el C. C. A., y se negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado (fs. 59 a 63 del expediente). El auto descrito se notificó a las partes por estado (f. 63 ibidem) y personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 63 ibidem) y a la demandada (f. 64 ibidem), y mediante edicto fijado en Secretaría durante el término de ley (f. 65 y 71). Por auto de 12 de octubre de 2007 se confirmó la providencia anterior, se negó la adición de la misma y se admitió al señor César Valencia como coadyuvante de las pretensiones de la demanda (fs. 92 a 98 ibidem). El proceso se fijó en lista por el término de ley (f. 99 ibidem) y se abrió a pruebas por auto de 13 de agosto de 2007 (fs. 101 y 102 ibidem); mediante auto de 4 de diciembre de 2007 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 112 ibidem) y por auto de 18 de diciembre de 2007 se ordenó entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo y se aceptó la intervención de los ciudadanos Mario Alario Méndez, Juan Manuel Charry Urueña y Jairo Villegas Arbeláez (f. 178).

1.4. Alegatos

1.4.1. Alegatos del coadyuvante Juan Manuel Charry Urueña.

Reiteró el coadyuvante mencionado las acusaciones formuladas por el actor contra el acto acusado y agregó que si bien los **artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003** (que corresponden a los artículos 263 y 263 A de la Constitución vigente) modificó el sistema electoral al establecer que la

asignación de curules de listas con voto preferente se haría en orden descendente empezando por el candidato con mayor votación, **pero no ordenó que ese mismo orden se tuviera en cuenta para proveer vacantes.**

Afirmó que la Corte Constitucional estableció en la **sentencia T-1005 de 2006** que para proveer las curules vacantes de las corporaciones públicas deben ser llamados los candidatos que, según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral **como ordena el artículo 261 superior**, y que en la sentencia **C-1081 de 2005**, mediante la cual declaró inexistente el artículo 19 del Reglamento No. 1 de 2003 del C. N. E., dijo que “*el problema de la vacancia es un asunto de manejo administrativo posterior al procedimiento de elección que nada tiene que ver con la cifra repartidora, el umbral y las listas de inscripción de candidatos*” y debe resolverse aplicando “*las normas de naturaleza administrativa pertinentes*”. Finalmente, afirmó que el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 16 de agosto de 2006 desconoció los artículos 134 y 261 constitucionales en cuanto sostuvo que la reorganización de la lista por decisión del elector debe tenerse en cuenta para llamar a reemplazar las vacancias (folios 116 a 118 del expediente).

1.4.2. Alegatos del coadyuvante Mario Alario Méndez.

Sostuvo que el artículo 263 A de la Constitución dispone reordenar las listas para asignar curules de corporaciones públicas **pero no para proveer vacantes**, y que la provisión de vacantes debe efectuarse como ordenan los artículos 134 y 261 ibídem teniendo en cuenta el orden de inscripción de los candidatos no elegidos de la misma lista electoral en forma sucesiva y descendente; y que como los artículos mencionados son claros debe atenderse su tenor literal en vez de interpretarse.

Que el Acto Legislativo No. 1 de 2003, les ordenó a los partidos políticos, con el objeto de fortalecerlos, que inscribieran **listas únicas** que tienen efectos jurídicos en tanto comprometen al partido y convierten a las personas que allí se registran en sus candidatos; además estableció **como principio y regla**

general, que el ciudadano vote por el Partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos que avaló la lista, y **sólo excepcionalmente autorizó el voto preferente** para modificar el orden de inscripción de los candidatos

Recalcó que el Acto Legislativo No. 1 de 2003 no cambió la reglamentación sobre vacancias establecida en los artículos 134 y 261 pese a que durante su trámite la manera de suplir las vacantes fue debatida ampliamente, para demostrar lo cual manifestó que el proyecto de Acto Legislativo *preveía que el titular de las faltas que daban lugar a la vacancia fuese reemplazado “por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista”, y que esa fórmula fue aprobada por el Senado en primera vuelta, en primero y segundo debates [1]”, mientras que “la Cámara de Representantes...en primera vuelta, aprobó en primero y segundo debates normas distintas: las faltas serán suplidadas por los candidatos no elegidos de mayor votación de su misma lista”. [2]”, las cuales fueron aprobadas por la Comisión de Conciliación designada por el Senado y la Cámara [3]”*

Continuó señalando que *“la segunda vuelta se inició con la aprobación, por parte del Senado, en primer debate, del texto que habían acordado las dos Cámaras...[4]”* y que *“a partir del segundo debate de la segunda vuelta en el Senado desapareció la norma que pretendía reemplazar el artículo 134 de la Codificación entonces y todavía vigente, porque se prefirió que el asunto fuese decidido en el referendo (tercera pregunta) que en ese momento se estaba convocando.[5]”*

[1] Gaceta del Congreso, num. 437, 22 de octubre de 2002, página 6; y núm. 470, 6 de noviembre de 2002, pág. 7.

[2] Gaceta del Congreso núm. 567, 6 de diciembre de 2002, pág. 3; y núm. 592, 16 de diciembre de 2002, pág. 3.

[3] Gaceta del Congreso núm. 32, 4 de febrero de 2003, pág. 51.

[4] Gaceta del Congreso núm. 146, 3 de abril de 2003, pág. 8.

[5] Gaceta del Congreso núm. 169, 22 de abril de 2003, págs. 2 y 16 a 20; núm. 220, 23 de mayo de 2003, págs. 1 a 4 y núm. 271 , 11 de junio de 2003, págs. 11 a 24.

*Concluyó que en la segunda vuelta el Congreso “abandonó el texto que había aprobado en la primera y conservó, sin ningún cambio, los textos que continúan hoy vigentes”, que es claro que el Congreso decidió que las vacantes de las corporaciones públicas siguieran siendo suplidas por los candidatos no elegidos según el orden de inscripción de la lista, y que “**no se pueden revivir los textos que pretendieron reformar el artículo 134 pero no fueron aprobados en los ocho debates**” y “**tampoco se pueden declarar derogadas, tácita o expresamente, normas que el Congreso, como Constituyente y Legislador, examinó en su momento y decidió mantener e inclusive repetir**”*

Adujo que la provisión de vacantes en las corporaciones públicas con los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de la lista ha sido regla permanente, para demostrar lo cual citó los artículos 93, 99, 185 y 196 de la Constitución anterior a 1991 y que la Constitución debe interpretarse armónicamente, por lo cual los artículos 134 y 261 de la Constitución no deben considerarse contradictorios sino complementarios, pues tienden a fortalecer a los partidos políticos otorgándole consecuencias jurídicas y políticas a las listas que inscriben

Expresó que el principio establecido en el artículo 17 del Reglamento No. 1 de 2003 del Consejo Nacional Electoral, según el cual “**cuando ningún candidato de la lista con voto preferente obtuviese votos, la lista quedará tal como fue inscrita y las curules se adjudicarán de acuerdo con el orden de inscripción**”, debe regir en el caso de que respecto de una lista de diez candidatos, los electores sólo ejerzan el voto preferente con relación a cinco, porque de no ser así las otras cinco curules no se adjudicarían a nadie, se desconocería la eficacia de los votos depositados por el partido y se privaría de representación a quienes sufragaron para conseguirla.

Agregó que los artículos 278 de la Ley 5^a de 1992, 63 de la Ley 136 de 1994 y 63 del Decreto 1421 de 1993 que, en su orden, tratan sobre la provisión de vacantes del Congreso, de los concejos municipales y del Distrito Capital de Bogotá, reiteran lo dispuesto por los artículos 134 y 261 de la Constitución, al

igual que el artículo 60 del Acuerdo Distrital 95 del 25 de agosto de 2003, dictado dos meses después de que entró en vigencia el Acto Legislativo No. 1 de 2003, el 3 de julio de 2003, y que el Legislador no ha modificado dichas disposiciones porque tuvo claro que el Acto Legislativo no modificó los artículos 134 261 de la Constitución.

Consideró errado el concepto No. 1762 de 9 de agosto de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil que indica que la interpretación del artículo 263 A de la Constitución que mejor se ajusta a los principios democráticos y participativos establecidos en el preámbulo de la Constitución es la que autoriza reordenar las listas con voto preferente para suplir vacantes. Lo anterior, porque ello implica que cualquier elección a la que no se aplique el voto preferente violaría los principios enunciados. Consideró igualmente errada la sentencia de 8 de febrero de 2007, expediente 4122, en la cual esta Sección del Consejo de Estado estimó que los artículos 134 y 261 de la Constitución no regulan la forma de suplir las vacantes de listas con voto preferente, razón por la cual se debe aplicar por analogía el artículo 263 A de la Constitución.

Afirmó que el hecho de que el Acto Legislativo No. 1 de 2003 decidió acabar con las “famiempresas” y la “operación avispa” obliga a contar más con los votos depositados por los Partidos que con los depositados por los candidatos para reordenar la lista; que la Resolución 915 de 2006, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Senadores para el periodo 2006 – 2010 definió el asunto planteado porque precisó que las listas con voto preferente *“deben reordenarse teniendo en cuenta la votación obtenida por cada uno de los inscritos para la adjudicación de curules”* y que actualmente cursa un proyecto de Acto Legislativo en el Congreso (No. 47 de 2007 Cámara, uno de cuyos artículos modifica el artículo 134 de la Constitución en el sentido de que *“las faltas absolutas o temporales de los miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, si se trata de lista cerrada, o por el que sigue en votos, si se trata de lista con voto preferente”*. Agregó que tanto el Congreso como el Gobierno que

lo presentó consideran que el actual artículo 134 de la Constitución permanece vigente (fs. 119 a 142).

1.4.3. Alegatos del demandante.

En sus alegatos de conclusión reiteró los hechos y razones que expuso en la demanda y sostuvo que en las sentencias **T-1005 de 2006 y C-1081 de 2005** la Corte Constitucional estableció que para proveer las vacantes de las corporaciones públicas deben aplicarse los artículos 134 y 261 de la Constitución y no el artículo 263 A ibidem, y que dichos fallos constituyen precedentes que obligan a la Sala (fs. 143 a 151).

Alegato del coadyuvante Jairo Villegas Arbeláez.

El mencionado coadyuvante reiteró, en lo sustancial, los argumentos expuestos por el coadyuvante Mario Alario Méndez y manifestó que el proyecto de Acto Legislativo No. 47 de 2007 Cámara, que actualmente se tramita en el Congreso de la República, pretende modificar el artículo 134 de la Constitución, permitiendo que vacantes de miembros de las Corporaciones Públicas sean suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, si se trata de lista cerrada, o por los candidatos que siguen en votos, si se trata de lista con voto preferente. Sostuvo que ese proyecto se propone desconocer la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional sobre la materia, pero que si se llegara a aprobar no se podría aplicar retroactivamente a la situación que se debate en este proceso (fs. 165 a 176).

1.5. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto de fondo dentro de la oportunidad legal, en el cual **solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda.**

Consideró que las normas que regulan la provisión de vacantes de las corporaciones públicas deben interpretarse a) de acuerdo con el principio del efecto útil de las normas constitucionales que impone preferir la interpretación que les confiera pleno efecto b) en forma sistemática, teniendo en cuenta las demás normas y principios constitucionales y c) teniendo en cuenta el principio de la eficacia del voto establecido en el Código Electoral, de acuerdo con el cual debe preferirse la interpretación que le otorgue validez al voto y legitimidad a la representación del elegido. Manifestó que una interpretación contraria a los criterios anteriores puede conducir a una situación absurda, contraria a principios democráticos y participativos y que como el voto preferente se instituyó para legitimar la representación de quienes obtienen más votos en una lista debe aplicarse tanto para declarar elecciones como para suplir las vacantes de los elegidos.

Consideró aplicable al sub - lite el concepto que rindió en el proceso de nulidad electoral radicado con el No. 4122, según el cual los artículos 134 y 261 de la Carta Política que regulaban la provisión de vacantes deben armonizarse con el Acto Legislativo No. 1 de 2003 que instituyó el voto preferente; concepto que fue acogido en la sentencia de 14 de julio de 2005 que puso fin al proceso.

2. CONSIDERACIONES

El demandante pretende la nulidad de la Resolución No. 186 de 13 de julio de 2007 de la Mesa Directiva del Senado de la República, mediante la cual llamó a Yolanda Pinto Afanador para reemplazar al Senador Juan Manuel López Cabrales quien fue suspendido en el ejercicio del cargo por solicitud de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Considera que la Mesa Directiva del Senado de la República violó los artículos 134 y 261 de la Constitución en cuanto disponen que las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas **serán suplididas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral**, porque llamó a la

demandada a ocupar una curul vacante, pese a que ocupó el renglón número 33 de la lista del Partido Liberal Colombiano y varios candidatos no elegidos le anteceden en el orden de inscripción de la misma. Afirmó que por la misma violó el artículo 121 de la Constitución que establece que “*ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”, y el artículo 84 del C. C. A., que establece las causales nulidad de los actos administrativos, porque no se sujetó a las normas constitucionales que regulan la materia, fue expedido con falsa motivación, en forma irregular y con desviación de las atribuciones de la Mesa Directiva del Senado de la República.

Pese a la diversidad de los cargos, advierte la Sala que la prosperidad de todos ellos está sujeta a lo siguiente: 1) que se demuestre que los artículos 134 y 261 de la Constitución ordenan que las vacantes de cargos de las corporaciones públicas deben proveerse con los candidatos no elegidos de la lista respectiva según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, **con independencia de que los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos las hayan inscrito como listas cerradas o con voto preferente**, y 2) que se pruebe que a la demandada le antecedían otros candidatos no elegidos en el orden de inscripción de la lista del Partido Liberal Colombiano.

Para establecer si los extremos enunciados están demostrados la Sala estudiará, en primer lugar, el marco constitucional de la provisión de vacantes de las corporaciones públicas y en segundo término, el acervo probatorio allegado al proceso.

2.1. La provisión de vacantes en las corporaciones públicas.

2.1.1. Antes de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2003.

El artículo 134 de la Constitución original de 1991 establecía lo siguiente:

Artículo 134. Las vacancias **por faltas absolutas** de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

Dicho artículo fue modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 1993 y su texto actual es el siguiente:

Artículo 134. Las **faltas absolutas o temporales** de los Miembros de las Corporaciones Públcas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

Como se advierte, el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 1993, **extendió a las faltas temporales** la forma de provisión de vacantes de las corporaciones públicas que el texto original del artículo 134 establecía para las vacancias absolutas, esto es, atendiendo el orden de inscripción de los candidatos de la misma lista electoral, en forma sucesiva y descendente.

Por su parte, el artículo 261 de la Constitución original de 1991 establecía:

ARTICULO 261. Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. **Las vacancias absolutas** serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendiente.

Posteriormente fue modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 1993, y su texto actual es el siguiente:

“Artículo 261. Las faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

Son faltas absolutas: Además de las establecidas por la ley; las que se causan por: Muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva Corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente.

Son faltas temporales las causadas por: La suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor.

La licencia sin remuneración no podrá ser inferior a tres (3) meses.

Los casos de incapacidad, calamidad doméstica y licencias no remuneradas, deberán ser aprobadas por la Mesa Directiva de la respectiva Corporación.

(...)".

El artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 1993, como se advierte, además de extender a las faltas temporales la forma de provisión establecida en la Constitución original de 1991 y de reiterar lo dispuesto por el artículo 1º del mismo Acto Legislativo para las faltas absolutas, definió uno y otro tipo de faltas.

Conviene precisar que la forma de provisión de vacantes establecida en las normas transcritas, guardan armonía con el sistema de cuociente electoral vigente en la fecha en que se expedieron, el cual estaba previsto en el artículo 263 de la Constitución de 1991 en los siguientes términos:

Artículo 263. *Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública se empleará el sistema de **cuociente electoral**.*

El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente. (Las negrillas son de la Sala).

Resalta la Sala el hecho de que el sistema de cuociente electoral tenía en cuenta los votos válidos de **cada lista** para asignarle curules y que éstas se asignaban a los candidatos en el orden en que se hubieran inscrito en la lista. Se trataba de las denominadas por la Corte Constitucional “*listas cerradas y bloqueadas*,^[6] respecto de las cuales los electores sólo tienen la opción de votar por la lista en la forma en que se inscribe. En este sistema, el resultado electoral abarca la integridad de la lista, lo que implica que ésta se mantiene en el mismo orden en que fue inscrita para efectos de la asignación de curules.

[7]

^[6] Así las denomina la Corte Constitucional en la Sentencia C-208 de 2005, por la cual se declaró exequibles los incisos tercero y cuarto del artículo 13 del Acto Legislativo No. 01 de 2003, que introdujo el nuevo artículo 263 A constitucional.

^[7] Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 8 de febrero de 2007, expediente 4122.

2.1.2. El Acto Legislativo No. 1 de 2003.

El Acto Legislativo No. 1 de 2003 tuvo su origen en tres proyectos acumulados para su trámite: a) El proyecto de Acto Legislativo "*Por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones*" fue presentado el 20 de julio de 2002 por varios Senadores y publicado en la Gaceta del Congreso No. 303 del 29 de julio de 2002 como proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002; pretendía modificar la estructura del Estado, la organización y el régimen electoral, los períodos institucionales, el funcionamiento del Congreso y el régimen de los Congresistas, creaba instrumentos contra la corrupción y modificaba el régimen presupuestal y los mecanismos de reforma de la Constitución. b) El proyecto de Acto Legislativo "*Por el cual se adopta una reforma política constitucional*" fue presentado el 15 de agosto de 2002 por iniciativa de otro grupo de Senadores y publicado en la Gaceta del Congreso No. 344 del 20 de agosto de 2002 como proyecto de Acto Legislativo No. 03 de 2002; perseguía modificar el régimen electoral y de los partidos políticos, el funcionamiento del Congreso y el régimen presupuestal. c) Los dos proyectos anteriores se acumularon al proyecto de Acto Legislativo No. 07 de 2002 que trataba temas semejantes, tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 406 del 1º de octubre de 2002^[8].

La finalidad de las reformas propuestas, tal como consta en las exposiciones de motivos publicadas en las Gacetas mencionadas, era fortalecer los partidos políticos y eliminar la formación de "*microempresas electorales*" o división de un partido o movimiento político en múltiples facciones, así como la denominada operación avispa, práctica mediante la cual las facciones de un partido político inscribían listas con el aval del mismo para acceder por residuo (con pocos votos) a un número de curules superior a las obtenían los partidos que inscribían una lista única y obtenían más votos.

^[8] En la Gaceta del Congreso No. 406 del 1º de octubre de 2002, se publicó la ponencia para primer debate, en la Comisión primera del Senado de la República, del proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002, acumulado con el proyecto 03 de 2002 y 07 de 2002, con el correspondiente pliego de modificaciones.

Para lograr los fines señalados se propuso un nuevo sistema de escrutinio proporcional denominado método D'Hont o cifra repartidora que permite que la elección de todos los candidatos de las listas se efectúe con el mismo número de votos, y la aplicación de umbrales que debían ser superados por los partidos y movimientos políticos para acceder a la distribución de curules; se exigió que éstos alcanzaran un número mínimo de votos para que pudieran conservar su personería jurídica y que inscribieran listas únicas de candidatos para corporaciones públicas. Las iniciativas anteriores, así como otras que surgieron en el curso de los debates, como la facultad de los partidos y movimientos políticos de presentar listas con voto preferente, fueron aprobadas y están contenidas en los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, que subrogó el artículo 263 de la Constitución y agregó el artículo 263 A ibídem, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 12. *El artículo 263 de la Constitución Política quedará así:*

Artículo 263. *Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en las respectiva elección.*

Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.

La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia.

Parágrafo transitorio. *Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltese al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema.*

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cociente electoral.

Artículo 13. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

Artículo 263 - A. La adjudicación de curules entre los miembros de la respectiva corporación se hará por el sistema de cifra repartidora. Esta resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer.

El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

En el caso de los partidos y movimientos políticos que hayan optado por el mecanismo del voto preferente, los votos por el partido o movimiento que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular, se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista. Cuando el elector vote simultáneamente por el partido o movimiento político y por el candidato de su preferencia dentro de la respectiva lista, el voto será válido y se computará a favor del candidato.

La elección de Senadores quedó sujeta, según los artículos transcritos, a la presentación de listas únicas por parte de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, a la superación de un umbral del 2% de los votos válidos para Senado y a la aplicación de una cifra repartidora (o sólo a la aplicación de cifra repartidora si ninguna lista superaba el umbral), así como a la facultad de los partidos de optar por listas con voto preferente, lo cual permitía que los ciudadanos mediante su voto reordenaran la lista para asignar las curules a los candidatos, independiente del orden en que éstos fueron inscritos en dicha lista.

2.1.3. Problemas que plantea la aprobación del Acto Legislativo No. 1 de 2003 al régimen de provisión de vacantes en las corporaciones públicas.

Como se advirtió en un acápite anterior, los artículos 134 y 261 de la Constitución, en cuanto establecen que **las vacantes** de las corporaciones

públicas **serán provistas por los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de las respectivas listas**, guardaban armonía con el sistema de distribución de curules por cuociente electoral previsto en el artículo 263 original de la Constitución de 1991, porque en ese sistema las curules se asignaban a los candidatos que hacían parte de una lista electoral **en el orden en que estaban inscritos**. Vale decir, tanto **la declaración de elecciones** de miembros de corporaciones públicas **como el llamamiento de quienes debían reemplazarlos** durante sus faltas se efectuaba teniendo en cuenta **el orden en que figuraban los candidatos en la lista respectiva**.

No obstante, el artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003 permitió que los partidos y movimientos políticos siguieran inscribiendo listas cerradas como se hacía en vigencia del sistema de cuociente, pero les permitió igualmente que inscribieran **listas con voto preferente** en las cuales “**el elector podrá señalar el candidato de su preferencia**” y cuya consecuencia es la reordenación de la lista “**de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos**”.

Surge entonces la pregunta de si tal reordenación sirve a los fines exclusivos de declarar la elección o también para fines ulteriores como el llamado a los candidatos no elegidos con el fin de ocupar las vacantes en el cargo de senador, caso en el cual existen dos forma de proveer vacantes, así: 1) las vacantes de quienes se inscribieron en listas cerradas se siguen proveyendo en la forma prevista en los artículos 134 y 261 de la Constitución, esto es, por los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de la lista, en forma sucesiva y descendente, y 2) las vacantes de quienes se inscribieron en listas con voto preferente se proveen con los candidatos no elegidos empezando, en orden descendente, por quien obtuvo la mayor votación.

2.1.2.4. Algunas interpretaciones propuestas por los sujetos procesales.

2.1.2.4.1. Algunos coadyuvantes del demandante pretenden descalificar cualquier interpretación de los artículos 134, 263 y 263A de la Constitución que autorice el reemplazo de las vacantes con los candidatos no elegidos de las

listas con voto preferente, que hayan obtenido más votos. Aducen que la Corte Constitucional, en las sentencias C-1081 de 2005 y T-1005 de 2006, estableció **que para proveer dichas vacantes debe llamarse a los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de la lista**, y solicitan que esta Sala adopte dichos criterios, porque los consideran obligatorios.

La tesis propuesta, en principio, carece de sustento porque en los fallos mencionados la Corte Constitucional no avocó el problema que ocupa a la Sala en este proceso, **que es el de establecer cómo se proveen las vacantes en las listas con voto preferente**.

En efecto, en la sentencia **T-1005 de 30 de noviembre de 2006** se discutió si un candidato que no aceptó el llamado a reemplazar a un concejal que había dejado vacante el cargo en forma temporal, tenía derecho a ser llamado a ocupar el cargo cuando el mismo concejal lo dejó vacante en forma absoluta. La lista de que hacían parte el concejal y los candidatos que se disputaban la curul fue inscrita por un movimiento político que **no optó por el voto preferente**; de modo que ésta última circunstancia y la naturaleza del litigio planteado hicieron innecesario que la Corte Constitucional estudiara en la acción de tutela el problema que se controvierte en este proceso.

En la sentencia **C-1081 de 24 de octubre de 2006**, la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad del Reglamento No. 1 de 2003, del Consejo Nacional Electoral – CNE -, al que consideró una ley en sentido material. El CNE dictó dicho Reglamento en ejercicio de la competencia que le otorgó el parágrafo transitorio del artículo 263 de la Constitución para reglamentar el sistema de cuociente, umbral y cifra repartidora que debía aplicarse **en las elecciones de autoridades territoriales siguientes a la aprobación del Acto Legislativo No. 1 de 2003**. El artículo 19 del Reglamento estableció que “*las vacancias en las corporaciones serán suplidas según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, si se trata de listas únicas sin voto preferente, y en el orden en que se haya reordenado la lista cuando el sistema escogido fuere con voto preferente*”, y la Corte lo declaró inconstitucional por las siguientes razones:

“... a juicio de la Corte, el artículo 19 regula un asunto que no se vincula directamente con el tema de la elección de autoridades de entidades territoriales.

*Para esta Corporación, el problema de las vacancias es un asunto de manejo administrativo **posterior al procedimiento de elección**, que nada tiene que ver con la cifra repartidora, el umbral y las listas e inscripción de candidatos. La provisión de las vacancias interesa al manejo administrativo de la corporación pública que ocurre después de su conformación, por lo que la regulación correspondiente se encuentra asignada a las normas de naturaleza administrativa pertinentes. En esa medida, el Consejo Nacional Electoral excedió las facultades regulatorias conferidas por la Constitución Política, por lo que el artículo 19 debe declararse inexequible”.*

Como se advierte, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 del Reglamento No. 1 de 2003 porque consideró que el CNE **sólo estaba facultado para reglamentar la elección** de autoridades territoriales siguientes a la aprobación del Acto Legislativo No. 1 de 2003, **pero no para reglamentar la provisión de vacantes** que es una situación **posterior a dicha elección**.

Así pues, en los fallos de constitucionalidad y de tutela mencionados no se estudió o decidió la forma en que deben proveerse las vacantes en las corporaciones públicas cuando sus miembros se inscriben en listas con voto preferente que, se insiste, es el problema que ocupa a la Sala.

2.1.2.4.2. Para sustentar las pretensiones de la demanda, algunos de quienes las coadyuvan consideran que el artículo 263 A de la Constitución **es claro** en señalar que la reordenación de la lista con voto preferente sirve **a los fines exclusivos de asignarle curules**, pero no para proveer las vacantes de quienes se inscribieron en ellas, y que también **son claros** los artículos 134 y 261 ibídem en cuanto establecen que todo cargo vacante en las corporaciones públicas debe ser ocupado por los candidatos no elegidos según el orden de su inscripción, razón por la cual debe atenderse el tenor literal de dichas normas en vez de interpretarlas en el sentido de que autorizan utilizar la lista reordenada tanto para asignar curules como para proveer vacantes.

Para la Sala no es tan evidente **el sentido que se le atribuye al tenor literal** de los artículos mencionados de la Constitución, pues vale destacar que el sentido que surge de **su interpretación**, según el cual la reordenación de la lista sirve para proveer vacantes en listas con voto preferente, ha sido aplicado: **a)** por el Congreso de la República para reemplazar a los congresistas inscritos en listas con voto preferente - **prueba de lo cual es el acto acusado** -, **b)** por el Consejo Nacional Electoral al emitir sus conceptos Nos. 7019 de 2004, 0409 de 2006 y 1059 del mismo año, **c)** por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al emitir el concepto No. 1872 del 12 de diciembre de 2007, **d)** por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al decidir procesos de nulidad electoral mediante las sentencias de 14 de julio de 2005, expediente 3708 y de 8 de febrero de 2007, expediente 4122, **e)** por la Sección Cuarta en la sentencia de tutela de 27 de marzo de 2008, expediente 02399-01, y **f)** por la Corte Constitucional en la sentencia T-275 de 17 de abril de 2007.

Las interpretaciones que se destacaron demuestran que no es evidente el sentido que, según los coadyuvantes, surge del tenor literal del artículo 263 A, lo cual impone recurrir a un método de interpretación distinto del grammatical para fijar su sentido.

2.1.2.4.3. Uno de los coadyuvantes advirtió que los artículos 278 de la Ley 5^a de 1992, 63 de la Ley 136 de 1994, 63 del Decreto 1421 de 1993 y 60 del Acuerdo Distrital 95 del 25 de agosto de 2003, que tratan sobre la provisión de vacantes en el Congreso de la República, en los concejos municipales y del Distrito Capital de Bogotá, reiteran lo dispuesto por los artículos 134 y 261 de la Constitución para suplir las vacantes con los candidatos no elegidos según el orden de inscripción de la lista, y agregó que si el Congreso que aprobó el Acto Legislativo No. 1 de 2003 **no ha modificado esas disposiciones**, es porque tiene claro que el Acto Legislativo mencionado no modificó el régimen de provisión de vacantes previsto en los artículos 134 y 261 de la Constitución.

Para la Sala este argumento propone una interpretación de la voluntad del legislador en las normas que menciona, según la cual éstas se aplican a las

vacantes de quienes se inscribieron en **listas con voto preferente**, lo cual no es procedente porque dichas normas, salvo el Acuerdo Distrital, **se expedieron cuando sólo existía el sistema de listas cerradas**, antes del Acto Legislativo No. 1 de 2003 que autoriza el sistema de listas con voto preferente para establecer el orden de adjudicación de curules.

Es claro entonces que el Legislador no pudo haber regulado mediante las normas señalas un instituto jurídico inexistente.

Respecto del Acuerdo Distrital mencionado conviene precisar que si bien se expidió con posterioridad a julio de 2003, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo, no hay en el proceso evidencia de que los debates que se le impartieron se hubieran efectuado con posterioridad a esta última fecha ni que en los mismos se hubiera debatido acerca de la relación entre su contenido y el Acto Legislativo.

2.1.2.4.4. Sostuvo uno de los coadyuvantes que actualmente se tramita en el Congreso el Proyecto de Acto Legislativo No. 47 de 2007 Cámara, presentado por el Gobierno Nacional para modificar, entre otros artículos, el 134 de la Constitución, y que tanto el Gobierno como el Congreso consideran que el actual artículo 134 de la Constitución permanece vigente.

Se advierte, en primer término, que el coadyuvante no aportó ninguna prueba de los hechos en que funda su argumento, esto es, la existencia del proyecto de Acto Legislativo que menciona y el estado actual de su trámite, razón suficiente para desestimararlo. Pero, aun si los hubiera probado, también habría que desestimar su argumento, porque es evidente que **el sentido o la finalidad** de una norma se puede establecer mediante el análisis de la historia fidedigna del trámite legislativo que se le impartió hasta su aprobación, como lo ordena el artículo 27 del C. C., pero no está autorizado como método de interpretación que el sentido de una norma jurídica vigente se pueda establecer estudiando un proyecto que no ha cumplido con el trámite necesario para convertirse en norma jurídica.

2.1.2.4.5. Otro coadyuvante sostiene que si al momento de la elección se tuviera en cuenta la lista reordenada para asignar curules, ello conduciría a que, cuando una lista tenga derecho a diez curules y los electores sólo hayan ejercido el voto preferente respecto de cinco, las otras cinco curules no se adjudicarían a ninguno, así se desconocería la eficacia de los votos depositados por el partido y se privaría de representación a quienes sufragaron para conseguirla. Propone fórmulas para decidir el problema que plantea.

La situación hipotética planteada por el actor no hace parte del marco de la litis, limitado a la forma de provisión de las vacantes dejadas por quienes resultan elegidos en listas con votos preferentes. Por tal razón, la Sala no la estudiará.

2.1.2.4.6. El coadyuvante Dr. Mario Alario Méndez recurrió a la **interpretación histórica** del Acto Legislativo No. 1 de 2003 con el propósito de demostrar que el Congreso **decidió mantener la forma de provisión de vacantes de las corporaciones públicas por orden de inscripción de los candidatos en la lista, establecido en los artículos 134 y 261 de la Constitución, incluido el evento de quienes se inscribieron en listas con voto preferente**, porque si bien se debatió la posibilidad de modificarla cuando las listas se inscribieran con voto preferente para proveer las vacantes con los candidatos no elegidos con mayor número de votos en orden descendente, **el Congreso desistió de hacerlo** porque consideró que eran los ciudadanos los llamados a decidir si proseguían con el sistema de provisión de vacantes que estaba vigente, lo cual era objeto de la tercera pregunta del referendo que en ese momento se había convocado.

Para establecer el fundamento de la interpretación histórica propuesta se resumirá el trámite en primera y segunda legislatura de los artículos del Acto Legislativo No. 1 de 2003 relacionados con el voto preferente y con la provisión de vacantes.

- Durante el trámite de la primera legislatura en el Senado de la República **no se propuso ni se aprobó ningún artículo relacionado con la figura del voto preferente y, en consecuencia, tampoco con la forma de provisión de**

vacantes en listas de tal naturaleza. ^[9] Se propusieron sí modificaciones al texto del artículo 134 de la Constitución que trata sobre la provisión de vacantes, **pero no referidas al orden en que debían considerarse los candidatos que debían ser llamados a ocupar el cargo en casos de faltas temporales o absolutas**, sino a otros temas, como la prohibición de las suplencias en las corporaciones públicas, las clases de faltas que podían ser provistas mediante llamados y las que daban lugar a la pérdida de la investidura. El texto conciliado y aprobado en forma definitiva en la primera vuelta en Senado fue el siguiente:

Artículo 10. Del funcionamiento del Congreso y régimen de los congresistas. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 134. Los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de su misma lista, según el orden de inscripción en ella. Las únicas faltas que se suplirán serán las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada. En tales casos el titular será reemplazado definitivamente por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. La renuncia voluntaria pero no justificada no producirá como efecto el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo, pero tampoco será causal de pérdida de investidura.

La Cámara de Representantes, por su parte, aprobó en el primer debate de la primera legislatura un artículo que instituía la figura del **voto preferente obligatorio** para todas las listas y en armonía con la misma, una forma de provisión de vacantes **por parte de los candidatos no elegidos con mayor votación**, con lo cual se modificaba el régimen de provisión de vacantes de

^[9] En la Gaceta del Congreso No. 406 del 1º de octubre de 2002, se publicó la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República, del proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002, acumulado con el proyecto 03 de 2002 y 07 de 2002, con el correspondiente pliego de modificaciones. El proyecto comenzó a ser discutido en Comisión el 3 de octubre de 2002, según consta en el Acta núm. 08 de 2002^[9], debate que continuó los días 8 y 16 de octubre de 2002^[9]. El texto del proyecto de Acto Legislativo núm. 01 de 2002 fue aprobado en la Comisión Primera Constitucional del Senado el 16 de octubre de 2002, según Acta 10 de 2002 y aparece publicado en la Gaceta del Congreso 103 del 11 de marzo de 2003. La ponencia para segundo debate en plenaria del Senado se encuentra publicada en la Gaceta 437 del 22 de octubre de 2002. El 28 de octubre de 2002, en la plenaria del Senado de la República, se dio inicio al debate en torno al proyecto de Acto Legislativo núm. 1 de 2002 Senado, el que continuó durante las sesiones de los días 29 y 30 de octubre de 2002^[9]. El día 30 de octubre de 2002, de conformidad con el Acta núm. 20, la Plenaria del Senado continuó con el debate, y en esa fecha se aprobó el texto de la reforma política. En la Gaceta del Congreso No. 481 del 8 de noviembre de 2002, se publicó el texto definitivo del proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002, aprobado por la Plenaria del Senado de la República.

listas cerradas previsto en los artículos 134 y 261 que ordenaba proveer las vacantes atendiendo el orden de inscripción de los candidatos. El artículo mencionado era del siguiente tenor literal:

“Artículo 10. Del funcionamiento del Congreso y de las Corporaciones Públicas y el régimen de los congresistas. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 134. Los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de mayor votación de su misma lista. Las únicas faltas que se suplirán serán las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada. ***En tales casos, el titular será reemplazado definitivamente por el candidato no elegido de mayor votación de su misma lista electoral.*** La renuncia voluntaria pero no justificada no producirá, como efecto, el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo, pero tampoco será causal de pérdida de investidura.

(...)

Cada votante podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de las listas que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de los votos obtenida por cada uno de los candidatos. La repartición de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente, empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

Los votos por el partido político que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular se contabilizarán en el orden establecido en la lista presentada por el partido o movimiento político. (Negrillas son de la Sala).- Gaceta del Congreso No. 567 de 6 de diciembre de 2002, página 3.

En el segundo debate de la primera legislatura, la Plenaria de la Cámara de Representantes decidió dividir el texto transcritto en forma tal que la obligación de inscribir listas con voto preferente quedara en el artículo del proyecto que modificaba el artículo 263 de la Constitución y la forma de proveer las vacantes de congresistas inscritos en listas con voto preferente quedara en el artículo del proyecto que modificaba el artículo 134 constitucional (Gaceta del Congreso No. 59 de 14 de febrero de 2003). La Comisión de Conciliación designada por el Senado y la Cámara adoptó por unanimidad el texto aprobado por la Cámara ^[10] y las Plenarias de ambas corporaciones lo adoptaron, así:

^[10] Gaceta del Congreso núm. 32, 4 de febrero de 2003, pág. 51.

"Artículo 10. Del funcionamiento del Congreso y de las Corporaciones Públicas y el régimen de los congresistas. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 134. Los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. **Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de mayor votación de su misma lista.** Las únicas faltas que se suplirán serán las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo o renuncia justificada. **En tales casos, el titular será reemplazado definitivamente por el candidato no elegido de mayor votación de su misma lista electoral.** La renuncia voluntaria pero no justificada no producirá, como efecto, el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo, pero tampoco será causal de pérdida de investidura.

"Artículo 24. De la integración de las corporaciones públicas. El artículo 263 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 263. Las curules de las corporaciones públicas serán asignadas por listas con base en la cifra única que permita repartirlas todas por el mismo número de votos. El número de votos a que tenga derecho una misma lista se determinará por el número de veces que quepa la cifra repartidora en el total de la votación obtenida por la respectiva lista.

Cada votante podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de las listas que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de los votos obtenida por cada uno de los candidatos. La repartición de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente, empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

Los votos por el partido político que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular se contabilizarán en el orden establecido en la lista presentada por el partido o movimiento político.

(...) "(Negrillas son de la Sala).- Gaceta del Congreso No. 592 de 16 de diciembre de 2002, páginas 10 y 14).

En la Gaceta No. 146 de 3 de abril de 2003 consta que los senadores ponentes para el primer debate en la segunda legislatura propusieron eliminar por inconveniente el artículo del proyecto que consagraba el voto preferente obligatorio (pág. 15), y propusieron igualmente que el artículo del proyecto que modificaba el artículo 134 de la Constitución limitara la provisión de vacantes en listas cerradas solamente a los casos de faltas absolutas y prohibiera las suplencias en las corporaciones públicas. Es decir, se excluía la provisión de vacantes temporales.

Como se advierte, los ponentes excluían del texto del artículo 134 constitucional contenido en el proyecto y aprobado en la primera legislatura la forma de provisión de vacantes de las listas con voto preferente obligatorio atendiendo el orden de votación de los candidatos. Dicha exclusión constituía sin duda **una consecuencia lógica de la exclusión previa del voto preferente pues sin él los votos depositados por los ciudadanos necesariamente deben registrarse por la lista cerrada y no por los candidatos.**

Cabe preguntarse entonces, ¿qué perseguían los ponentes con el nuevo texto del artículo 134?, la respuesta la dieron explícitamente: “*para hacerlo concordante con el texto aprobado en la ley de referendo*” (página 8 de la Gaceta No. 146 de 2003). La Ley de referendo se refería en la pregunta número tres al artículo 134 en los siguientes términos:

“Pregunta No. 3. ...Para eliminar la suplencia de los congresistas, diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, aprueba usted el siguiente artículo?

El artículo 134 de la Constitución quedará así:

Artículo 134. Los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrán suplentes. Las vacancias por sus faltas absolutas serán suplidas por los candidatos no elegidos de la misma lista, según el orden de inscripción en ella. La renuncia voluntaria no producirá como efecto el ingreso a la corporación de quien debería suplirlo.”^[11]

Como se observa, este texto no preveía la provisión de vacantes temporales y reiteraba la prohibición de las suplencias en las corporaciones públicas.

Luego el texto de artículo 134 constitucional incluido en la ponencia **no perseguía regular la provisión de vacantes de congresistas inscritos con voto preferente, por la sencilla razón de que esa institución se excluía de la ponencia**, y además, porque lo que perseguían los ponentes al proponer el texto mencionado del artículo 134 constitucional era ajustarlo al texto de la tercera pregunta de la Ley de Referendo que, si bien modificaba el artículo 134

^[11] Ver, Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, publicada en el Diario Oficial No. 45.070 de 21 de enero de 2003. La sentencia C-551 del 2003 estudió la constitucionalidad de dicha ley.

constitucional no aludía a la provisión de cargos de elección popular en listas con voto preferente.

No obstante, durante los debates, la Comisión Primera Constitucional del Senado excluyó del proyecto de Acto Legislativo el texto del artículo 134 constitucional que propusieron los ponentes en el mismo debate. Los motivos que tuvieron para tomar esa decisión están resumidos claramente en la ponencia publicada en Gaceta No. 169 de 22 de abril de 2003 en los siguientes términos:

“...“se controvirtió especialmente acerca de la conveniencia de mantener en el acto legislativo los artículos del referendo. Se discutió sobre temas como el voto preferente y otros que suscitaron especiales diferencias entre los senadores de las diversas tendencias políticas como la financiación estatal de las campañas” y otros. Los Senadores Rafael Pardo, Andrés González, Claudia Blum y Mauricio Pimienta, entre otros expresaron su opinión en el sentido de que se excluyeran totalmente de la enmienda constitucional los artículos del referendo a fin de preservar éste ante la negativa confusión derivada de la duplicidad de normas en ambos estatutos...”.

El segundo día de sesiones se abrió el debate y se decretó un receso para buscar aproximaciones. Luego de diversas reuniones y consultas entre las diferentes bancadas se presentó un acuerdo general entre los distintos sectores, salvo el Polo Democrático...el acuerdo versó sobre los siguientes presupuestos:

Exclusión de los artículos del Referendo, inclusión de los principios rectores y esenciales para el fortalecimiento y modernización de los partidos políticos y demás normas complementarias del referendo; conservación de temas considerados como directamente esenciales para una reforma política integral como la reforma al sistema electoral, la financiación de las campañas políticas, el estatuto de la oposición y la regulación del acceso a los medios de comunicación.

La pertinencia en otros temas sería evaluada en cada caso en forma cuidadosa a fin de simplificar la iniciativa y conservar sólo los aspectos más importantes. Bajo los anteriores presupuestos se aprobó la proposición con que termina el informe de ponencia para dar primer debate al proyecto de Acto Legislativo.”

...1.2.3. Normas suprimidas del texto aprobado en primer debate.

Se suprimieron 25 artículos del texto aprobado en primera vuelta, los relativos al texto del Referendo y otros no estimados esenciales para el propósito de la actual reforma política, a saber:

...Artículo 10. Funciones administrativas del Congreso y eliminación de suplencias, preguntas 3 y 5 del Referendo...”

2.2. Introducción del voto preferente. En el proyecto aprobado en primera vuelta se introdujo la figura del voto preferente, que permite al elector marcar, dentro de la lista al candidato de su preferencia.

La institución no fue contemplada en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado. En desarrollo del debate, los Senadores Carlos Holguín, Hernán Andrade y Ciro Ramírez presentaron una proposición para incluir una nueva modalidad de voto preferente opcional para los partidos o movimientos políticos y sujeto a la lista única y a un umbral interno.

La propuesta fue aprobada por mayoría absoluta...". [12]

...Constancia.

La suscritos Senadores dejamos constancia de que hemos decidido respaldar en términos generales el acuerdo político al que han llegado los integrantes de esta Comisión en relación con el proyecto de reforma política por las siguientes razones:

1. *Porque se aceptó excluir los artículos que repetían diversos puntos contenidos en la Ley de Referendo, cuya inclusión consideramos en todo momento innecesaria e inconveniente en este proyecto, al significar una amenaza para la convocatoria popular de reforma constitucional que habrá de realizarse en el país.*
2. *Porque el número de artículos se redujo significativamente quedando en este proyecto sólo aquellos temas que consideramos complementarios del referendo y algunos que se refieren a asuntos políticos que pueden tener central importancia para el país..."*

Del texto anterior se desprende que el Congreso no estableció ninguna relación entre la decisión de incluir en el proyecto de Acto Legislativo un artículo que establecía el voto preferente optativo y la decisión de excluir del proyecto el artículo que modificaba el artículo 134 de la Constitución.

Se advierte igualmente que la intención manifiesta que tuvo el Congreso para excluir del proyecto de Acto Legislativo el artículo 134 de la Constitución que se refiere a la provisión de vacantes de las corporaciones públicas, fue la de **evitar la confusión que surgiría si se aprobaran reformas sobre un mismo artículo de la Carta en el referendo y en el Acto Legislativo.** La misma intención aparece manifiesta en el informe de ponencia para primer debate en Comisión durante la segunda vuelta (Gaceta 220 de 23 de mayo de 2003).

Luego no es acertado concluir que el Congreso hubiera **decidido** excluir del proyecto la norma que modificaba el artículo 134 de la Constitución **con la intención** de que el artículo 134, propuesto como tercera pregunta en el

[12] Ver, además, Gacetas del Congreso Nos. 200 de 2003, 201, 202, 203, 215, y 315 de 2003.

referendo, regulara la provisión de vacantes de quienes se inscribieran en listas con voto preferente, como se alegó.

No sobra agregar que en ninguna de las Gacetas que dan cuenta del trámite del Acto Legislativo No. 1 de 2003 [¹³] se encuentra consignado, como afirma el coadyuvante, que el Congreso de la República hubiera decidido no reformar el artículo 134 constitucional con el propósito de que éste se aplicara a la provisión de toda clase de vacantes en las corporaciones públicas, incluidas las que se presentaran en listas con voto preferente.

2.1.2.5. Normas aplicables al reemplazo de quienes fueron elegidos en listas con voto preferente.

Para la Sala, el estudio del trámite del Acto Legislativo permite concluir que los artículos 134 y 261 de la Constitución regulan de manera clara la provisión de vacantes de las corporaciones públicas en aquellos casos en que los elegidos se inscribieron en listas cerradas, pues ese era el único tipo de listas autorizadas por la Constitución en la fecha en que entraron en vigencia dichos artículos^[14], pero no regulan de manera expresa la provisión de vacantes dejadas por quienes fueron elegidos en listas con voto preferente.

Esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que para proveer las vacantes de miembros de corporaciones que se inscribieron en listas con voto preferente debe llamarse a los candidatos no elegidos de la lista, reordenada de acuerdo con la cantidad de votos que ellos hubieran obtenido. Para justificar ese criterio, en sentencia de 14 de julio de 2005, expediente 3708, dijo lo siguiente:

“...Cuando, como consecuencia de la nulidad de un acto que declara una elección, no procede la práctica de nuevos escrutinios porque el

^[13] Entre otras, 303, 406, 437, 470, 479, 481, 509, 526, 527, 540, 567, 592 de 2002, 32, 59, 76, 81, 101, 103, 146, 169, 189, 190, 200, 201, 202, 215, 216, 220, 221, 222, 271, 301, 305, 315, 328, 356, 378, 391, 395, 417, 694 de 2003, y 63 de 2004.

^[14] La existencia de listas cerradas antes de la Constitución de 1991 justificaba que el orden de inscripción de la lista se tuviera en cuenta en dicho ordenamiento, como pretendió probar uno de los coadyuvantes de las pretensiones de la demanda al citar los artículos 93, 99, 185 y 196 de la Constitución anterior a 1991.

motivo de la nulidad es la acreditación dentro del proceso de una causal subjetiva – la falta de requisitos o calidades del elegido o causales de inhabilidad e inelegibilidad -, debe ordenarse la práctica de una nueva elección, a menos que la nulidad de que se trate recaiga sobre la elección de miembros de Corporaciones públicas y tenga origen en una de las causales referidas, caso en el cual se aplican los artículos 134 y 261 de la Constitución, que establecen que las faltas absolutas o temporales serán suplidas por candidatos que, según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.^[15]

...cabe concluir que la orden de practicar nuevos escrutinios en el caso que nos ocupa y de excluir del cómputo general de votos para concejo los que obtuvo el demandado, y en consecuencia la lista del partido de que hizo parte, es contraria a expresos mandatos constitucionales y legales que, por el contrario, obligan al llamamiento de quien sigue al demandado en orden descendente en la lista por la que fue elegido, para que llene la vacante que se produce con la nulidad de la elección.

Es necesario precisar, sin embargo, que el artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, que corresponde al artículo 263-A constitucional, introdujo una modificación en la figura del llamamiento, en cuanto permite que al momento de adjudicar curules para aquellas listas que optaron por el mecanismo del voto preferente éstas puedan reordenarse “de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos”, luego de lo cual “la asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes”.

Como la lista de que hizo parte el demandado debió ser reordenada conforme a la regla anterior, se debe llamar a suplir la vacancia al candidato que cumpla las condiciones previstas en los artículos 134 y 261 constitucionales en armonía con el artículo 263 A ibídem...” (**Negrillas y subrayas son de la Sala**).

Como se advierte, la sentencia anterior hace uso de una **interpretación sistemática** de los artículos 134, 261 y 263 A de la Constitución para sustentar la tesis de que los primeros dos artículos, en cuanto reglamentan el llamado para proveer vacantes en las corporaciones públicas fue modificado por el artículo 263 A que instituyó las listas con voto preferente, en el sentido de que cuando los miembros de las corporaciones mencionadas hayan sido elegidos en listas con voto preferente el llamado recaerá sobre los candidatos no elegidos de la misma en orden de votación.

En la sentencia de 8 de febrero de 2007, expediente 4122, la Sección Quinta se refirió al mismo tema. Luego de transcribir los artículos 134 y 261 de la

^[15] La Sentencia de 9 de noviembre de 2000, proferida por la Sección Quinta, Sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación 2723 se refiere, entre otras, a las consecuencias de la nulidad de actos administrativos que declaran elecciones o disponen nombramientos.

Constitución que establece los cargos vacantes de las corporaciones públicas serán ocupados por los candidatos no elegidos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, manifestó:

“...En las normas transcritas, no se contempla la suplencia de vacantes de miembros de las corporaciones públicas de elección popular, cuando el que debe ser reemplazado hubiera sido elegido por el mecanismo de lista con voto preferente, introducido con la reforma política de 2003. El texto actual (trascrito) de las citadas disposiciones fue incorporado a la Carta mediante el Acto Legislativo No. 3 de 1993, es decir diez (10) años antes, cuando los partidos y movimientos políticos tenían como única posibilidad, la inscripción de listas cerradas y bloqueadas^[16], y los electores sólo tenían la opción de votar por la lista en la forma en que habían sido inscrita, sin modificación. En este sistema, el resultado electoral es uno sólo y abarca la integridad de la lista, lo que implica que ésta se mantiene en el mismo orden en que fue inscrita para efectos de la asignación de curules, y de la misma manera cuando a ella se debe acudir para determinar a quién le corresponde ocupar una curul que ha quedado definitiva o temporalmente vacante.

5º.- Hasta la fecha el legislador no ha regulado el aspecto planteado en este proceso, relativo a la forma de suplir las vacancias de miembros de corporaciones públicas de elección popular elegidos con base en listas con voto preferente.

...1º.- Es obligación del juez, consagrada en el artículo 37 numeral 8º del C. de P. C.^[17], “decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido o aquélla sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas de derecho sustancial y procesal”, mandato legal concordante con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, según el cual, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se deben aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

*2º.- Como lo ha establecido la doctrina,^[18] el fundamento de la analogía o de la interpretación extensiva, consagrada en las disposiciones legales antes trascritas, como método de interpretación normativa, radica en resolver una controversia a través de la elaboración de una regla jurídica en un caso no previsto expresamente, a partir de otra regla instituida para casos semejantes, y se expresa en el aforismo jurídico “*Ubi eadem ratio ibidem jus*” que significa “donde hay la misma razón debe haber la misma disposición”.*

En el caso planteado en este proceso, la regla para la suplencia de vacantes dejadas por miembros de corporaciones públicas de elección popular que hubieran sido elegidos por el mecanismos de listas con voto preferente debe construirse a partir de las normas existentes que regulan tales suplencias de miembros elegidos de listas cerradas y bloqueadas, a

^[16] Así las denomina la Corte Constitucional en la Sentencia C-208 de 2005, por la cual se declaró exequibles los incisos tercero y cuarto del artículo 13 del Acto Legislativo No. 01 de 2003, que introdujo el nuevo artículo 263 A constitucional.

^[17] Modificado por el artículo 1º num. 13 del D.E. 2282 de 1989.

^[18] Ver Pérez Escobar, Jacobo, Derecho Constitucional Colombiano, Ed. Temis, Quinta Edición, 1997, pág.91.

saber los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, invocados por el demandante. Sin embargo, su aplicación no puede ser exegética, como lo pretende el demandante, por cuanto es necesario tener en cuenta que la ratio juris que sirvió de fundamento a tales normas no contemplaba el nuevo mecanismo de las listas con voto preferente que introdujo el inciso tercero del nuevo artículo 263 A de la Constitución, cuya consecuencia relevante es el reordenamiento de las listas en la forma que resulte de la voluntad popular expresada en las urnas, y que en esa forma, tal expresión democrática es determinante para la asignación de curules.

La regla elaborada surge a partir de la aplicación extensiva de las que establecen el mecanismo utilizado para la asignación de curules, que en el caso de listas sin voto preferente está basado en las listas inscritas mientras que tratándose de listas con voto preferente tiene en cuenta las listas reordenadas de acuerdo al número de votos obtenido por cada candidato.

En ese mismo orden, en la aplicación extensiva de las normas que regulan las suplencias a los casos originados en quienes hubieran sido elegidos de lista con voto preferente, es necesario acudir a una interpretación lógica y sistemática, basada en la consideración de que este nuevo mecanismo conlleva el reordenamiento de las listas inscritas y que son éstas nuevas listas, producto del ejercicio democrático electoral, las que se tuvieron en cuenta para la asignación de las curules. De donde es lógico concluir que son estas mismas listas reordenadas las que deben tenerse en cuenta para determinar las suplencias de los miembros elegidos bajo ese sistema, y no las originalmente inscritas.

De la misma manera, si en el primer caso, para suplir las vacantes la Constitución (artículos 134 y 261) previó que se utilizara la lista inscrita, que sirvió de base para la asignación de curules, es lógico y razonable que para el segundo caso (de listas con voto preferente), en que las curules se asignan con base en las listas ordenadas (artículo 263 A de la C.P.), las vacantes igualmente sean suplidas con base en esas listas.

En los anteriores términos deben aplicarse las normas invocadas por el demandante, pues no es aceptable su solicitud de acudir a una aplicación simplemente exegética de ellas haciendo caso omiso de la nueva realidad del sistema electoral adoptado por la reforma política constitucional del año 2003, por las razones expuestas.

Se agrega a lo anterior que la solución jurídica propuesta por el demandante es contradictoria e incongruente con el sentido y el alcance jurídico y político del mecanismo de listas con voto preferente, cuya consecuencia principal, como ya se señaló, es el reordenamiento de las listas inscritas de acuerdo con la votación obtenida por cada uno de los candidatos, para efectos de la asignación de curules, pues no existe una razón válida para hacer caso omiso a la lista reordenada cuando de definir las suplencias se trate. Es indudable que bajo esta modalidad la lista reordenada sustituye la inicialmente inscrita para todos los efectos. Por el contrario, el intento de restablecer una lista “inscrita” residual, es decir, de candidatos que no resultaron elegidos, para efecto de definir las suplencias, es inconstitucional porque desconoce la voluntad popular expresada en las urnas y vulnera los derechos políticos de la colectividad y la de los candidatos no elegidos que alcanzaron una mejor ubicación en la lista reordenada en razón de los votos obtenidos.

Debe entonces entenderse, con base en los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, y teniendo en cuenta el sistema de adjudicación de curules vigente, que las faltas absolutas o temporales de miembros de

corporaciones públicas que hubieran sido elegidos con base en listas con voto preferente, deben ser suplidas, en forma sucesiva y descendente por los candidatos de las mismas listas reordenadas.

La sentencia transcrita recurre a distintos métodos de interpretación, lógico, sistemático, teleológico y aun a la analogía, y todos ellos la conducen a la misma conclusión: el reemplazo de los miembros de corporaciones públicas que se inscribieron en listas con voto preferente, está sujeto a la misma reordenación de la lista prevista por el artículo 263 A para la adjudicación de curules.

La Corte Constitucional llegó a la misma conclusión en la sentencia T-275 de 17 de abril de 2007:

“...Así, si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 261 de la Constitución “[l]as faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral”, y que no hay otra disposición constitucional que de manera expresa regule de un modo distinto la provisión de las vacantes que se presenten en las corporaciones públicas, no es menos cierto que la reforma introducida mediante Acto Legislativo 01 de 2003, incorporó al ordenamiento constitucional el llamado voto preferente, de conformidad con el cual, a opción de los partidos o movimientos políticos que decidan acudir a ese sistema, los electores podrán señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. En ese caso, tal como se dispone en el artículo 263A de la Constitución, “[l]a lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos”, y “[l]a asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.”

Es claro que la reordenación de la lista dispuesta en el artículo 263A se aplica para todos los efectos, entre ellos para la provisión de las vacantes que se presenten en las corporaciones públicas. De esta manera, en esta materia existen dos régimenes distintos: el previsto en el artículo 261 de la Constitución y que se aplica en aquellos casos en los cuales no haya lugar a la aplicación del voto preferente, y el previsto en el artículo 263A, que regula las hipótesis en las cuales se haya dado aplicación a esa figura.

Considera la Sala que los distintos argumentos utilizados en los fallos anteriores y que ahora se reiteran, se complementan en el propósito de proveer una solución al problema de reemplazar las faltas de quienes fueron elegidos en listas con voto preferente que armonice los artículos

134 y 261 de la Constitución con los fines perseguidos por el Acto Legislativo No. 1 de 2003. [19]

Al mismo propósito concurren argumentos como los expuestos por el Agente del Ministerio Público según los cuales debe considerarse la lista reordenada para efectos de proveer vacantes cuando los miembros de las corporaciones públicas se hayan inscrito en listas con voto, porque así lo exige el principio del efecto útil de las normas constitucionales, el cual impone sin duda preferir la interpretación que le confiera pleno efecto al artículo 163 A de la Constitución que faculta a los votantes para reordenar la lista de acuerdo con el número de votos. Así lo exige igualmente el principio de la eficacia del voto establecido en el Código Electoral, de acuerdo con el cual debe preferirse la interpretación de las normas electorales que le otorguen validez al voto y legitimidad a la representación del elegido. Y no hay duda de que ostenta una mayor legitimidad democrática para ser congresista quien en una lista con voto preferente recibió el favor de los electores mediante sus votos, que quien sin haberlo recibido invoca el orden de inscripción de una lista a cuya conformación no concurrieron los electores.

2.2. Análisis del acervo probatorio.

Al proceso se allegaron copias auténticas de los siguientes documentos:

Formulario E-6SCN, mediante el cual se prueba que el Partido Liberal Colombiano inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 7 de febrero de 2006, una lista con voto preferente de cien (100) candidatos al Senado de la República por circunscripción nacional, en el siguiente orden: 1) Cecilia Matilde López Montaño, 2) Juan Manuel Galán Pachón, 3) Juan Manuel López Cabrales, 4) Juan Fernando Cristo Bustos, 5) Jaime Castro Castro, 6) Alvaro Antonio Ashton Giraldo, 7) Camilo Armando Sánchez Ortega, 8) Saúl Peña

[19] Interpretaciones semejantes de los artículos 134, 261 y 263 A de la Constitución fueron efectuadas por el Consejo Nacional Electoral al emitir sus conceptos Nos. 7019 de 2004, 0409 de 2006 y 1059 del mismo año, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al emitir el concepto No. 1872 del 12 de diciembre de 2007 y por la Sección Cuarta en la sentencia de tutela de 27 de marzo de 2008, expediente 02399-01, al estudiar el problema de la provisión de vacantes dejadas por quienes fueron elegidos en listas con voto preferente.

Sánchez, 9) Griselda Janeth Restrepo Gallego, 10) Luis Fernando Velasco Chávez, 11) Mauricio Jaramillo Martínez, 12) Piedad Esneda Córdoba de Castro, 13) Hugo Serrano Gómez, 14) Carlos Hernán Barragán Lozada, 15) Mario Salomón Nader Muskus, 16) Germán Antonio Aguirre Muñoz, 17) Viviane Aleida Morales Hoyos, 18) Jesús Ignacio García Valencia, 19) Guillermo León Gaviria Zapata, 20) Edgar Artunduaga Sánchez....” (fs. 10 a 14 ibídem).

Resolución No. 915 de 5 de junio de 2006, “Por medio de la cual se declara la elección de Senadores de la República por la circunscripción ordinaria, para el periodo 2006-2010 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”, mediante la cual se demuestra que el Partido Liberal Colombiano obtuvo 18 curules y que, una vez reordenada la lista atendiendo el número de votos obtenidos por los candidatos, de mayor a menor, las curules corresponden a 1) Juan Manuel López Cabrales, 2) Juan Manuel Galán Pachón, 3) Luis Fernando Duque García, 4) Mario Salomón Nader Muskus, 5) Carlos Julio González Villa, 6) Hector Elí Rojas Jiménez, 7) Juan Fernando Cristo Bustos, 8) Víctor Renán Barco López, 9) Germán Antonio Aguirre Muñoz, 10) Guillermo León Gaviria Zapata, 11) Piedad Esneda Córdoba Castillo, 12) Luis Fernando Velasco Chávez, 13) Mauricio Jaramillo Martínez, 14) Hugo Serrano Gómez, 15) Alvaro Antonio Ashton Giraldo, 16) Jesús Ignacio García Valencia, 17) Cecilia Matilde López Montaño, 18) Camilo Armando Sánchez Ortega, 19) Yolanda Pinto Afanador, 20) Griselda Yaneth Restrepo Gallego, 21) Guillermo García Realpe...” (Sigue en orden descendente hasta completar los cien candidatos de la lista). (folios 15 a 55 ibídем). La Subsecretaría del Consejo Nacional Electoral expidió, a solicitud de la Sala, certificado de 19 de noviembre de 2007 en el que certifica que los candidatos mencionadas antes obtuvieron las mayores votaciones de la lista en el orden en que se mencionaron (fs. 105 a 107 ibídem).

Resolución No. 186 de 13 de julio de 2007, mediante la cual la Mesa Directiva del Senado de la República llamó a la Doctora Yolanda Pinto Afanador a desempeñar el cargo de Senadora de la República desde la misma fecha, previas consideraciones en las que se expresa que en las elecciones de marzo de 2006 fue elegido el doctor Juan Manual López Cabrales como Senador para el periodo 2006-2010; que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 274 de la Ley 5^a de 1992 cuando se presente falta temporal de un congresista por suspensión temporal en el ejercicio del cargo decretada por autoridad judicial ésta será suplida por “los candidatos que sigan según la votación reordenada en orden

sucesivo y descendente de la misma lista electoral cuando se opte por voto preferente”; y que la doctora Yolanda Pinto Afanador manifestó su decisión de tomar posesión de la vacancia que se produjo una vez que el Senador López Cabrales fue suspendido en el ejercicio del cargo por Resolución de la Mesa Directiva No. 185 de 9 de julio de 2007 (fs. 8 y 9 del expediente).

Acta de 13 de julio de 2007 en la que consta que Yolanda Pinto Afanador se posesionó como Senadora de la República en reemplazo de Juan Manuel López Cabrales, quien fue suspendido temporalmente del ejercicio del cargo por Resolución No. 185 de 9 de julio de 2007 de la Mesa Directiva de la misma Corporación (f. 56).

La Resolución No. 185 de 9 de julio de 2007, por medio de la cual la Mesa Directiva del Senado de la República suspendió temporalmente a Juan Manuel López Cabrales en el ejercicio del cargo de Senador hasta cuando lo determinara la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, fue aportada al proceso por la demandada en copias simples (fs. 79 y 80). No obstante, la suspensión señalada está probada plenamente en el proceso porque del mismo da cuenta tanto la Resolución que llamó a la demandada a ocupar el cargo de Senador como el acta de la posesión de la misma (fs. 8, 9 y 56 del expediente) y dichos documentos, de conformidad con los artículos 251, 252, 254 y 264 del C. de P. C., tienen el carácter de públicos, fueron allegados en copias auténticas y dan fe de las declaraciones que en ellos hace el funcionario que los autoriza,

Luego si el Partido Liberal Colombiano inscribió lista con voto preferente para las elecciones de Senado para el periodo 2006-2010, el doctor Juan Manuel López Cabrales fue declarado elegido Senador por dicha lista y ante la suspensión provisional de su cargo fue llamada la demandada por ser la candidata no elegida con mayor número de votos, el acto acusado se ajusta a lo dispuesto por los artículos 134, 261 y 263 A, cuya interpretación sistemática condujo a la Sala a la conclusión de que la provisión de vacantes en las corporaciones públicas debe proveerse con los candidatos no elegidos de la lista reordenada de acuerdo con la cantidad de votos que obtuvieron, cuando la lista se inscribió con voto preferente.

El cargo de violación de los artículos mencionados no prospera.

2.3. Los demás cargos de la demanda.

Como lo advirtió la Sala al iniciar las consideraciones de esta providencia, la prosperidad de los cargos de violación del artículo 121 de la Constitución, de falsa motivación, de expedición irregular y de desviación de poder, estaba sujeta a la condición de que se demostrara que las vacantes dejadas por los miembros de corporaciones públicas que se inscribieron en listas con voto preferente deben ser ocupadas por los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de la misma lista, como lo ordenan los artículos 134 y 261 de la Constitución. Como esa condición no se demostró, los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, y de acuerdo con ella, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en las consideraciones de ésta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
Presidenta

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO
