

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se confirma la decisión de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en el caso de los Concejales del Municipio de Lorica periodo 2016 - 2019

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto dictado en la audiencia inicial, mediante el cual se declaró probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la demanda del acto de elección de los concejales del municipio de Lorica, período 2016-2019 (...) en el presente caso el actor no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el numeral 6º del artículo 161 del CPACA y el artículo 277 de la Constitución Política.

EXCEPCIONES PREVIAS – Procede el recurso de apelación o súplica según la instancia contra la providencia que decide las excepciones previas / EXCEPCIONES PREVIAS – Competencia para resolver el recurso de apelación contra decisiones de primera instancia de los procesos electorales

De conformidad con el inciso final artículo 180.6 del CPACA y de acuerdo con la posición adoptada por la Sala Plena de esta Corporación, la providencia que decida sobre las excepciones previas propuestas con la contestación de la demanda, sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según se trate de un proceso de primera o única instancia, respectivamente (...) la competencia para resolver el recurso de apelación que se interpone en contra de decisiones susceptibles de este recurso y que han sido dictadas en el curso de la primera instancia de los procesos de naturaleza electoral, como lo es aquel que resuelve las excepciones previas, recae en la Sección en la medida en que es esta la que actúa como superior funcional de los Tribunales en materia electoral. NOTA DE RELATORIA: Respecto a los recursos que proceden contra la providencia que decide sobre las excepciones previas propuestas con la contestación de la demanda Ver: Auto del 25 de febrero de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2014-01626-03. Para consultar la posición fijada por la Sala Plena del Consejo de Estado al respecto ver auto del 25 de junio de 2014, radicado No. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 180 NUMERAL 6

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Agotamiento / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – No se delimitó una legitimación por activa. Las irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Oportunidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Se satisface si las irregularidades son puestas en conocimiento de las autoridades electorales antes de que se expida el acto declaratorio de la elección

En el presente caso el actor no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el numeral 6º del artículo 161 del CPACA y el artículo 277 de la Constitución Política. A efectos de sustentar esta decisión, la Sala considera pertinente poner de presente lo siguiente: Desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2009, las causales de nulidad denominadas objetivas (que atañen a irregularidades en la votación y en el escrutinio) deben plantearse de forma previa ante la respectiva autoridad administrativa electoral. Por su parte, el artículo 161 del CPACA, en el numeral 6º, consagró la necesidad de que dicho requisito se agote respecto de las causales referentes a la falsedad de

documentos electorales y cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer. Esta Sección ha sido enfática en señalar que si bien el requisito de que trata el artículo 277 constitucional (que también fue consagrado en el numeral 6º del artículo 161 del CPACA) debe acreditarse por el actor a fin de que la demanda tenga un curso normal, es lo cierto que su agotamiento en sede administrativa bien puede producirse a instancia de cualquier ciudadano, dado que el constituyente no delimitó una legitimación por activa para ello, lo que debe entenderse como que tales irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona. En relación con la oportunidad para agotar dicho requisito de procedibilidad, esta Sección ha considerado que éste se satisface si las irregularidades (constitutivas de causal de nulidad electoral) son puestas en conocimiento de las autoridades electorales antes de que se expida el acto declaratorio de la elección, aspecto razonable porque aún existe la posibilidad de que las anomalías probadas puedan ser corregidas y de esa manera el escrutinio sea el resultado exacto de la voluntad popular expresada en las urnas (...) La parte actora, en el sub examine, no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, toda vez que la presentación del respectivo escrito se hizo de forma extemporánea. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el debido agotamiento del requisito de procedibilidad, ver auto del 7 de abril de 2016. Exp. 2015-00593-01. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sobre la oportunidad para agotar el requisito de procedibilidad ver Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto del 28 de enero de 2016. Exp. 2015-00318. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 161 NUMERAL 6 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 277 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 ARTICULO 8

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Registrador municipal no es autoridad competente para conocer de la solicitud / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Escrito radicado después de la declaratoria de la elección no agota el requisito/ REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – La petición general e indeterminada no cumple con las exigencias establecidas

A fin de demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad, el actor puso de presente que ante el personero municipal de Lorica presentó un escrito en el cual informó que "...me presenté ante el señor registrador municipal de Lorica, para radicar solicitud de saneamiento de nulidades electorales y no me recibió el escrito". Empero, la Sala considera que tal documento no tiene la idoneidad de acreditar el requisito de procedibilidad, como quiera que se presentó de manera extemporánea y ante una autoridad que no era la competente para conocer de tal solicitud. En efecto, dentro del expediente está demostrado que según el formulario E-26 CON, la declaración de la elección de los concejales del municipio de Lorica se efectuó a las 11. 45 a.m. del 30 de octubre de 2015 y, según lo expuesto, el referido documento se radicó a las 2.45 p.m. de ese mismo día. Esto es, después de la declaración de la elección que se pretende anular vía acción de nulidad electoral. Aunado a lo anterior, la Sala verifica que la petición elevada por el actor con el fin de agotar el requisito de procedibilidad, que obra a folio 22 del expediente, no cumple con las exigencias que sobre el particular ha señalado esta Corporación, pues es general e indeterminada y se limita a señalar que existieron diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, pero no señaló de manera concreta la zona,

puesto y mesa donde se presentaron tales irregularidades. Es decir, no especificó como se presentaron las diferencias en cada una de las mesas.

**REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Competencia del juez electoral /
REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – El juez de la acción electoral tiene
plenas facultades para analizar el momento, ante quien y en qué forma fue
agotado el requisito**

El juez electoral tiene plena competencia para pronunciarse sobre el correcto agotamiento del requisito que prevén los artículos 277 de la Constitución Política y 161-6 del CPACA, pues en materia electoral tal requisito se erige en un presupuesto procesal de la acción a fin de que la respectiva demanda, cuando versa sobre causales objetiva de nulidad, surta su normal trámite. La intención del constituyente derivado fue precisamente que previo a instaurar el proceso contencioso electoral, frente a los asuntos en que se pretenda someter a control judicial las elecciones populares por causas de nulidad atribuibles a “irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”, sea requisito sine qua non para poder acceder a la jurisdicción, que tales anomalías hubiesen sido puestas en conocimiento de las autoridades administrativas electorales correspondientes, antes de expedirse el acto que declara la elección. Ante tal imposición, no puede considerarse que lo que tiene que ver con el agotamiento de tal requisito le competente únicamente a la autoridad administrativa electoral, pues, por el contrario, es el juez de lo electoral, al analizar los requisitos procesales de la acción (como por ejemplo, la caducidad), el que debe necesariamente pronunciarse sobre la correcta observancia de tal presupuesto en cada caso concreto. Máxime cuando una de las excepciones de la defensa, como en el sub examine, consiste concretamente en sostener que la solicitud mediante la cual se pusieron en conocimiento las irregularidades del escrutinio fue extemporánea. Ante tal circunstancia, a juicio de la Sala, no cabe la menor duda de que el juez de la acción electoral, en aras de garantizar que el acceso a la administración de justicia se efectúe bajo las reglas que el ordenamiento jurídico ha previsto para tal efecto, tiene plena facultades para analizar el momento, ante quien y en qué forma fue agotado el requisito en cuestión. Sólo en aquellos casos en los cuales se evidencie que la correspondiente solicitud ha sido interpuesta en tiempo, ante la autoridad administrativa competente y con plena identificación de la zona, puesto y mesa donde se presentaron las anomalías en el escrutinio, puede entenderse debidamente agotado este requisito, lo cual, como se expuso en líneas anteriores, no aconteció en el presente caso.

**REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Reiteración jurisprudencial /
REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Irregularidades en el proceso de
votación y escrutinio deben haber sido propuestos ante la
correspondiente autoridad administrativa electoral antes de que se expida
el acto de elección, ya por el mismo demandante ya por cualquier persona
y deben sustentarse adecuadamente**

La Sala reitera que en los procesos en los que se cuestione la legalidad de las elecciones populares – como el presente caso -, aquellos vicios de nulidad relacionados con irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, deben haber sido propuestos ante la correspondiente autoridad administrativa electoral antes de que se expida el acto de elección, ya por el mismo demandante ya por cualquier persona. Es decir, tal requisito de procedibilidad (que por lo tanto es presupuesto procesal de la acción de nulidad electoral) sólo se entiende satisfecho si las irregularidades que se traen en la demanda - como motivos de nulidad del acto de elección que se acusa - fueron puestas en

conocimiento de las autoridades electorales antes de que se expida el acto declaratorio de elección. Dicha exigencia no se observa en el caso objeto de estudio, pues las pruebas que obran en el expediente demuestran que el demandante intentó agotar el requisito de procedibilidad cuando ya se había declarado la elección del concejo municipal de Lórica. En esta medida, al no haber sido planteadas debida y oportunamente ante la autoridad administrativa electoral las irregularidades constitutivas de causal de nulidad de la elección, ya por el demandante, ya acreditando éste que otro ciudadano cualquiera lo hizo, no es posible instaurar el contencioso electoral, pues para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en esta clase de medio de control judicial especial, la Constitución Política impone como presupuesto procesal tal exigencia. Por último, si bien en la apelación se adujo "...que en la mesa No. 4 del Rodeo hubo una reclamación", es lo cierto que el actor no sustentó adecuadamente tal afirmación, pues no precisó en qué consistió tal reclamación. Tampoco indicó la incidencia que tal circunstancia tendría en la decisión de declarar probada la excepción en cuestión. En consecuencia, como se anticipó, lo que se impone es confirmar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en la audiencia inicial del 26 de abril de 2016, en el sentido de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 23001-23-33-004-2015-00519-01

Actor: ALBERTO LUIS ANICHIARICO MEJIA

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE LORICA

Auto que decide apelación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto dictado en la audiencia inicial que tuvo lugar el 26 de abril de 2016, mediante el cual se declaró probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la demanda del acto de elección de los concejales del municipio de Lórica¹, período 2016-2019.

ANTECEDENTES

El señor Alberto Luis Anichiarico Mejía, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, presentó demanda contra la elección del

¹ Según el censo electoral de 2005, este municipio tiene 128.507 habitantes.

señor Marvin Rodolfo Torrecilla, como concejal del municipio de Lorica – Córdoba, para el período 2016-2019.

En síntesis, como sustento de la demanda (folios 1-19) adujo que en el proceso de escrutinio se presentaron diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, que terminaron por favorecer al candidato No. 7 del partido conservador - el señor Marvin Rodolfo Pérez Torrecilla, pues tuvo un aumento de 16 votos, en detrimento del demandante (candidato No. 16 del mismo partido) a quien, sin explicación alguna, se le restaron 36 votos.

Mediante auto del 18 de diciembre de 2016², se inadmitió la demanda a fin de que el actor precisara las razones por las cuales considera que el acto acusado vulnera los artículos 2, 13, 29, 40, 83 y 209 de la Constitución Política y para que indicara el lugar o dirección donde debía efectuarse la correspondiente notificación al demandado.

Dentro del término concedido para tal efecto, el actor presentó escrito de corrección, visible a folios 724-729 del expediente.

La demanda se admitió el 19 de enero de 2016³ y en esa providencia se ordenaron todas las notificaciones del caso. Luego de surtirse la etapa de contestación de la demanda, mediante auto del 17 de marzo del presente año⁴ se fijó el día 5 de abril a fin de que se celebrara la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA, diligencia que se adelantó en esa fecha, pero fue suspendida con el objeto de que se practicaran unas pruebas testimoniales que se consideraron necesarias para resolver la *“excepción de inepta demanda por indebido agotamiento del requisito de procedibilidad”*

En la continuación de la audiencia inicial el día 18 de abril de 2016, se recibieron los testimonios de los señores Marcos Anichiarico Díaz, Ever Osorio, Oswaldo Polo Corrales, Mary Luz Serpa Díaz y Miguel Eduardo Sastoque Martínez. Asimismo, se dispuso reanudar dicha audiencia el día 26 de abril del presente año.

El auto apelado

Dentro del trámite de esta diligencia, el *a quo* declaró probaba la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad que había propuesto el apoderado judicial del señor Marvin Rodolfo Pérez Tordecilla.

Como sustento de dicha decisión, el Tribunal argumentó que el actor no acreditó que hubiese presentado la reclamación de manera oportuna, *“...pues en las actas auxiliares y en el acta general de escrutinios no se advierte constancia de reclamación o apelación frente a la contabilización o registro de votos para el concejo del municipio de Lorica”*.

² Folio 722. Cuaderno 2.

³ Folios 912-913.

⁴ Folio 1003.

En efecto, el documento denominado “*solicitud de saneamiento de nulidades electorales*” dirigido a la Comisión Escrutadora Municipal, (que valga la pena resaltar no fue radicado ante la autoridad electoral correspondiente), se recibió por el personero municipal el 30 de octubre de 2015, a las 2:45 pm, momento para el cual ya se había declarado la declaratoria de la elección con la expedición del formulario E-26 CON, esto es, las 11.45 a.m. del mismo día.

También puso de presente que si bien la entrega de credenciales a los elegidos tuvo lugar en un momento posterior a la declaratoria de la elección, ello no era óbice para considerar que la oportunidad para presentar la respectiva reclamación se extendía hasta ese punto, “...*pues la exigencia contenida en la norma es clara al limitar la presentación del reclamo antes de la declaratoria de la elección*”.

Además, debe tenerse en cuenta que según los diferentes testimonios, la jornada electoral en Lorica se llevó a cabo en condiciones normales, sin que se presentara prueba alguna de que hubiera existido algún impedimento para presentar la reclamación en cuestión.

Incluso, está demostrado que el actor pretendió radicar el referido escrito a las 2.15 p.m., hora en la que la comisión escrutadora municipal ya se había disuelto.

Del recurso de apelación

Una vez la referida decisión fue notificada en estrados, el actor interpuso recurso de apelación en el que expuso los siguientes argumentos:

Adujo que se desconoció que el presente caso el derecho sustancial – que es la voluntad del pueblo-, debe prevalecer sobre la forma, entendida como la presentación extemporánea de la solicitud de saneamiento. A su juicio, la comisión escrutadora municipal debía aceptar la correspondiente reclamación y pronunciarse de fondo al respecto. El hecho de que no haya procedido de esa manera vulneró los derechos fundamentales del actor como candidato al concejo municipal de Lorica.

Consideró que debieron estudiarse de fondo las irregularidades que se presentaron en el trámite de los escrutinios, pues era la única forma para que la comunidad, en general, conociera lo que realmente ocurrió con sus votos y con las falencias del proceso de elección.

Aunado a lo anterior, estimó que dicha providencia debe revocarse pues;

“(...) 1) Con la negativa a recibir la reclamación se vulneró el debido proceso, pues el actor no tuvo la oportunidad de que se le resolviera la reclamación, así como tampoco pudo ejercer el recurso de apelación respecto de aquella actuación.

2) Dichas etapas administrativas no pueden estudiarse ni decidirse en sede judicial, es decir, que no es el juez natural el llamado a indicar si la

reclamación se hizo en debida o forma o no o si fue extemporánea, pues ésta es una labor única y exclusiva de las autoridades electorales. Aceptar que sea el juez quien deba tomar una determinación que se debió resolver en aquel trámite electoral, implicaría una intromisión en una esfera netamente administrativa. Así las cosas, lo que le corresponde al juez natural es determinar si se hizo o no la reclamación, la cual en el caso bajo estudio si se hizo pero no fue recibida, por lo que el actor se dirigió al funcionario donde la radicó.

Otra cosa hubiera ocurrido si se recibe la reclamación y se hubiera decidido por ejemplo que fue extemporánea, ahí sí puede el juez natural entrar a determinar si la decisión adoptada fue acorde al ordenamiento electoral o no, pero en el presente caso, ni siquiera hay lugar a que se estudie un acto, pues dicho acto no lo hubo, por lo que le impide al juez pronunciarse sobre el contenido del escrito. Se repite, el único estudio que se puede hacer es si se presentó o no la reclamación.

3) La declaratoria de elección con su correspondiente entrega de credenciales debe hacerla la comisión escrutadora, es decir, que si dicho acto finalizó a las 3 de la tarde del día 30 de octubre de 2015, aún debía estar conformada la comisión escrutadora y no desintegrada como se pretende hacer creer. Por tanto, debía recibirse la reclamación a mi cliente y resolverse bien de forma o de fondo, pero nunca debió negarse a recibirla por cuanto le violaría derechos fundamentales. Es más el Secretario estaba en ejercicio de sus funciones y podía recibirla, pues la ceremonia terminó pasadas las 3 pm y mi cliente se presentó a las 2 pm del mismo día.

4) Cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Si el registrador actuó como comisión escrutadora para entregar las credenciales porque no para recibir la reclamación? La comisión no se puede desintegrar hasta tanto no termine el proceso electoral, el cual finaliza con la expedición y entrega de las credenciales.

5) El registrador indica que no se hicieron reclamaciones, lo cual es falso, pues en la mesa No. 4 del Rodeo hubo una reclamación.

6) Existe la firma del acta de entrega de credenciales donde la comisión escrutadora participó, y al haberse terminado a las 3.30 p.m. del 30 de octubre de 2015, debían recibir y resolver la reclamación que intentó presentar mi cliente a las 2 p.m. como lo indicó el mismo registrador en su declaración.

7) Mi cliente bajo el principio de buena fe y confianza legítima al haberse publicado los E-14 de transmisión en la página de la Registradora con la votación correcta, le dio total credibilidad a dicha información, pero después lo sorprenden con el escrutinio de que le quitan gran cantidad de votos, y es cuando comienza a hacer las reclamaciones resultando infructuosas por la negativa de la comisión en recibirla”.

Oposición de la parte demandada

Dentro de la audiencia se corrió traslado del recurso a la parte demandada, la cual solicitó al Tribunal que se rechace el recurso interpuesto, pues la apelación no versa sobre las razones que sustentaron la decisión, sino que plantea apreciaciones vagas e imprecisas.

Por su parte, la apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil manifestó que coadyuvaba la petición de que el *a quo* declarara la improcedencia del referido recurso.

Ante esta solicitud, el Tribunal consideró que en este caso el recurso fue interpuesto según las reglas del artículo 244 del CPACA, esto es, en tiempo y debidamente sustentado. Y por tanto, es procedente.

De igual forma, puso de presente que los argumentos que sustentan la apelación tienden a demostrar las razones por las cuales el actor está en desacuerdo con el sentido de la decisión de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, sobre lo cual debe pronunciarse el superior jerárquico.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala, como en otras oportunidades⁵, considera oportuno reiterar que, de conformidad con el inciso final artículo 180.6 del CPACA y de acuerdo con la posición adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en auto del 25 de junio de 2014, dictado dentro del radicado No. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), la providencia que decida sobre las excepciones previas propuestas con la contestación de la demanda, sí es pasible del recurso de apelación o de súplica, según se trate de un proceso de primera o única instancia, respectivamente.

Sobre el particular, en la citada providencia se dijo:

“(...) Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por un Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente – porque no se le pone fin al proceso– o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio.”

⁵ Ver auto del 25 de febrero de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2014-01626-03.

Entonces, la competencia para resolver el recurso de apelación que se interpone en contra de decisiones susceptibles de este recurso y que han sido dictadas en el curso de la primera instancia de los procesos de naturaleza electoral, como lo es aquel que resuelve las excepciones previas, recae en la Sección en la medida en que es esta la que actúa como superior funcional de los Tribunales en materia electoral.

Conforme con lo anterior, corresponde a esta Sala decidir la apelación que interpuso el apoderado judicial del señor Alberto Luis Anichiarico contra el auto proferido en la audiencia inicial del 26 de abril de 2016, por parte del Tribunal Administrativo de Córdoba, recurso que, valga la pena aclarar, se interpuso y sustentó de manera oportuna en la referida audiencia inicial.

Asunto objeto de estudio

La Sala anticipa que confirmará la decisión recurrida, pues, como bien lo sostuvo el *a quo*, en el presente caso el actor no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el numeral 6º del artículo 161 del CPACA y el artículo 277 de la Constitución Política.

A efectos de sustentar esta decisión, la Sala, al igual que en otros casos similares⁶, considera pertinente poner de presente lo siguiente:

-Desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2009, las causales de nulidad denominadas objetivas (que atañen a irregularidades en la votación y en el escrutinio) deben plantearse de forma previa ante la respectiva autoridad administrativa electoral. Por su parte, el artículo 161 del CPACA, en el numeral 6º, consagró la necesidad de que dicho requisito se agote respecto de las causales referentes a la falsedad de documentos electorales y cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

- Esta Sección ha sido enfática en señalar que si bien el requisito de que trata el artículo 277 constitucional (que también fue consagrado en el numeral 6º del artículo 161 del CPACA) debe acreditarse por el actor a fin de que la demanda tenga un curso normal, es lo cierto que su agotamiento en sede administrativa bien puede producirse a instancia de cualquier ciudadano, dado que el constituyente no delimitó una legitimación por activa para ello, lo que debe entenderse como que tales irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona.

-En relación con la **oportunidad** para agotar dicho requisito de procedibilidad, esta Sección ha considerado que éste se satisface si las irregularidades (constitutivas de causal de nulidad electoral) son puestas en conocimiento de las autoridades

⁶ Sobre el particular, ver auto del 7 de abril de 2016. Exp. 2015-00593-01. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

electorales **antes de que se expida el acto declaratorio de la elección**⁷, aspecto razonable porque aún existe la posibilidad de que las anomalías probadas puedan ser corregidas y de esa manera el escrutinio sea el resultado exacto de la voluntad popular expresada en las urnas.

Descendiendo al presente caso, la Sala verifica que el actor solicita que se declare la nulidad del acto de elección del señor Marvin Rodolfo Pérez como concejal del municipio de Lórica, período 2016-2019, pues, a su juicio, se presentaron una serie de irregularidades en el proceso de escrutinio en la medida en que existieron diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, que incidieron en la votación en la medida en que, sin explicación alguna, a dicho candidato se le aumentaron 16 votos mientras que al actor se le restaron 36.

A fin de demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad, el actor puso de presente que ante el personero municipal de Lórica presentó un escrito en el cual informó que “...**siendo las 2.15 de la tarde** del 30 de octubre del año 2015, me presenté ante el señor registrador municipal de Lórica, para radicar solicitud de saneamiento de nulidades electorales y no me recibió el escrito”⁸. Ese documento fue recibido por el personero municipal el día 30 de octubre de 2015 a las 2.45 p.m.

Empero, la Sala considera que tal documento no tiene la idoneidad de acreditar el requisito de procedibilidad, como quiera que se presentó de manera extemporánea y ante una autoridad que no era la competente para conocer de tal solicitud.

En efecto, dentro del expediente está demostrado que según el formulario E-26 CON⁹, la declaración de la elección de los concejales del municipio de Lórica se efectuó a las 11. 45 a.m. del 30 de octubre de 2015 y, según lo expuesto, el referido documento se radicó a las 2.45 p.m. de ese mismo día. Esto es, después de la declaración de la elección que se pretende anular vía acción de nulidad electoral.

Aunado a lo anterior, la Sala verifica que la petición elevada por el actor con el fin de agotar el requisito de procedibilidad, que obra a folio 22 del expediente, no cumple con las exigencias que sobre el particular ha señalado esta Corporación, pues es genera e indeterminada y se limita a señalar que existieron diferencias

⁷ Al respecto, en auto del 28 de enero de 2016. Exp. 2015-00318. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, se dijo que: “En relación con el requisito de procedibilidad, la Sala ha determinado que las siguientes son las características que lo informan: i) **legitimación**: se predica de cualquier ciudadano en razón a la naturaleza pública del contencioso electoral. No puede exigirse correspondencia entre quien plantea las irregularidades ante la autoridad electoral y quien acude al contencioso electoral, pues puede existir coincidencia, como puede no haberla; ii) **oportunidad**: **la solicitud que se eleva con tal propósito debe ejercitarse con anterioridad a la declaratoria de elección**; iii) **objeto**: obtener de la autoridad electoral en sede administrativa, ante la inmediatez de la prueba y con los recursos logísticos que posee; introducir correctivos que protejan la verdad electoral, lo que a la vez contribuye a racionalizar la labor judicial; iv) **consecuencia jurídica**: La solicitud permite que frente a las mismas censuras planteadas ante la autoridad electoral se pueda concurrir a ejercitar la acción de nulidad electoral, con independencia de si fueron decididas o no”.

⁸ Folio 21.

⁹ Folio 711.

injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, pero no señaló de manera concreta la zona, puesto y mesa donde se presentaron tales irregularidades. Es decir, no especificó como se presentaron las diferencias en cada una de las mesas.

Ahora bien, respecto de los argumentos que formuló la parte actora en el recurso de apelación y que, en realidad, guardan relación con las razones que sustentaron la decisión objeto de estudio, la Sala se permite señalar lo siguiente:

-Contrario a lo que sostuvo el actor, el juez electoral tiene plena competencia para pronunciarse sobre el correcto agotamiento del requisito que prevén los artículos 277 de la Constitución Política y 161-6 del CPACA, pues en materia electoral tal requisito se erige en un presupuesto procesal de la acción a fin de que la respectiva demanda, cuando versa sobre causales objetiva de nulidad, surta su normal trámite.

La intención del constituyente derivado fue precisamente que previo a instaurar el proceso contencioso electoral, frente a los asuntos en que se pretenda someter a control judicial las elecciones populares por causas de nulidad atribuibles a “irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”, sea requisito *sine qua non* para poder acceder a la jurisdicción, que tales anomalías hubiesen sido puestas en conocimiento de las autoridades administrativas electorales correspondientes, antes de expedirse el acto que declara la elección.

Ante tal imposición, no puede considerarse que lo que tiene que ver con el agotamiento de tal requisito le competente únicamente a la autoridad administrativa electoral, pues, por el contrario, es el juez de lo electoral, al analizar los requisitos procesales de la acción (como por ejemplo, la caducidad), el que debe necesariamente pronunciarse sobre la correcta observancia de tal presupuesto en cada caso concreto.

Máxime cuando una de las excepciones de la defensa, como en *el sub examine*, consiste concretamente en sostener que la solicitud mediante la cual se pusieron en conocimiento las irregularidades del escrutinio fue extemporánea.

Ante tal circunstancia, a juicio de la Sala, no cabe la menor duda de que el juez de la acción electoral, en aras de garantizar que el acceso a la administración de justicia se efectúe bajo las reglas que el ordenamiento jurídico ha previsto para tal efecto, tiene plena facultades para analizar el momento, ante quien y en qué forma fue agotado el requisito en cuestión. Sólo en aquellos casos en los cuales se evidencie que la correspondiente solicitud ha sido interpuesta en tiempo, ante la autoridad administrativa competente y con plena identificación de la zona, puesto y mesa donde se presentaron las anomalías en el escrutinio, puede entenderse debidamente agotado este requisito, lo cual, como se expuso en líneas anteriores, no aconteció en el presente caso.

-El actor dio a entender que existió una vulneración del principio de buena fe pues confió en la publicación que de los formularios E-14 efectuó la Registraduría

Nacional del Estado Civil, pero después fue sorprendido con unos resultados diferentes.

Sobre el particular, la Sala pone de presente que según las voces del artículo 1º del Código Electoral¹⁰, el escrutinio es público.

Asimismo, según las pruebas que obran en el expediente, está demostrado que respecto del escrutinio de los concejales del municipio de Lorica, periodo 2016-2019, el escrutinio se adelantó de manera pública, trámite en el cual tuvieron la oportunidad de intervenir todas las personas interesadas. Incluso en las actas generales de escrutinio correspondientes a las zonas 2, 90, 98 y 99¹¹, se da cuenta de las diferentes reclamaciones que presentaron los testigos electorales y los candidatos y la forma en que éstas fueron resueltas en algunos casos mediante el recuento de votos.

Por tal razón, no es admisible un posible desconocimiento de los principios de buena fe y de publicidad en la forma que lo plantea el recurrente, pues es claro que el escrutinio en cuestión se realizó de manera pública y con participación efectiva de los diferentes actores electorales.

-A la par de lo anterior, el apoderado del señor Alberto Luis Anichiarico planteó que en la medida en que la declaratoria de la elección y la correspondiente entrega de credenciales debe hacerse por la Comisión Escrutadora, el hecho de que el acto de entrega hubiese finalizado el 30 de octubre de 2015 a las 3 pm, implicaba que tal comisión debían aun estar integrada para ese momento y que, por ende, debió el secretario recibir la reclamación y proceder a resolverla, mas no negarse a recibirla.

Al respecto, la Sala considera que es inane determinar si el secretario de la comisión escrutadora debió o no recibir el escrito mediante el cual el actor quiso agotar el requisito de procedibilidad. Tampoco es pertinente determinar hasta qué momento estuvo constituida la comisión escrutadora municipal.

Lo realmente relevante para el caso objeto de estudio es que el propio demandante reconoció que al momento en que intentó radicar la respectiva solicitud eran las 2.15 p.m., esto es, habían transcurrido exactamente 2 horas y media desde que la comisión escrutadora municipal declaró la elección del concejo municipal de Lorica, contenida en el formulario E-26 CO, en el que, se reitera, figura como fecha de generación el día 30 de octubre de 2015, **11.45 a.m.**

Lo anterior es razón suficiente para concluir que la parte actora, en el *sub examine*, no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, toda vez que la presentación del respectivo escrito se hizo de forma extemporánea.

¹⁰ Artículo 1º. (...) 2º. Principio del secreto del voto y de la publicidad del escrutinio.

(...) El escrutinio es público, según las reglas señaladas por este código y las demás disposiciones electorales (...).

¹¹ Folios 759-909.

La Sala reitera que en los procesos en los que se cuestione la legalidad de las elecciones populares – como el presente caso -, aquellos vicios de nulidad relacionados con irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, deben haber sido propuestos ante la correspondiente autoridad administrativa electoral **antes de que se expida el acto de elección**, ya por el mismo demandante ya por cualquier persona.

Es decir, tal requisito de procedibilidad (que por lo tanto es presupuesto procesal de la acción de nulidad electoral) sólo se entiende satisfecho **si las irregularidades que se traen en la demanda - como motivos de nulidad del acto de elección que se acusa - fueron puestas en conocimiento de las autoridades electorales antes de que se expida el acto declaratorio de elección**.

Dicha exigencia no se observa en el caso objeto de estudio, pues las pruebas que obran en el expediente demuestran que el demandante intentó agotar el requisito de procedibilidad **cuando ya se había declarado la elección del concejo municipal de Lórica**.

En esta medida, al no haber sido planteadas debida y oportunamente ante la autoridad administrativa electoral las irregularidades constitutivas de causal de nulidad de la elección, ya por el demandante, ya acreditando éste que otro ciudadano cualquiera lo hizo, no es posible instaurar el contencioso electoral, pues para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en esta clase de medio de control judicial especial, la Constitución Política impone como presupuesto procesal tal exigencia.

- Por último, si bien en la apelación se adujo “...*que en la mesa No. 4 del Rodeo hubo una reclamación*”, es lo cierto que el actor no sustentó adecuadamente tal afirmación, pues no precisó en qué consistió tal reclamación. Tampoco indicó la incidencia que tal circunstancia tendría en la decisión de declarar probada la excepción en cuestión.

En consecuencia, como se anticipó, lo que se impone es confirmar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en la audiencia inicial del 26 de abril de 2016, en el sentido de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta

RESUELVE

Primero: Confírmase la decisión de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en la audiencia inicial que tuvo lugar el 26 de abril de 2016.

Segundo: Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidenta

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
(Aclara voto)

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – No se encuentra regulado en materia electoral / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Como excepción previa / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Configura una medida desproporcionada que vulnera gravemente los estándares internacionales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en materia electoral

Sin embargo, manifiesto que respeto y acato el precedente sentado en el auto de 28 de enero de 2016, el cual es acogido en el sub judice, con la advertencia de que mi posición personal respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral se encuentra plasmada en el salvamento de voto: “Ante la insuficiente, pero al mismo tiempo notoriamente limitante, regulación que trae el CPACA sobre el requisito de procedibilidad en materia electoral; teniendo en cuenta que era un tema de reserva de ley estatutaria que debía surtir un trámite especial en el Congreso y un control previo de constitucionalidad; y dada la inexistencia de una regulación estatutaria de la facultad de revisión de escrutinios por parte del CNE, exigirle hoy por hoy a los ciudadanos que cumplan el mencionado requisito a efectos de acudir ante la justicia electoral con el fin de cuestionar la validez y pureza de unas elecciones, configura una medida desproporcionada que vulnera gravemente los estándares internacionales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en materia electoral. Por tanto, como quiera que se configuran los supuestos requeridos por el artículo 4º Superior para hacer operar la excepción de inconstitucionalidad, en este y en otros casos similares se debe inaplicar el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 161 numeral 6º del CPACA, medida que por supuesto no vulnera derecho fundamental alguno pues por el contrario facilita el acceso a la Administración de Justicia, al permitirle a los interesados en salvaguardar la pureza y autenticidad de las elecciones por voto popular llevar directamente al juez electoral las inconsistencias sin necesidad de que previamente las hubiera dado a conocer a las autoridades electorales.”

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 161 NUMERAL 6

Bogotá, nueve (09) de junio de dos mil dieciséis (2016).

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Radicación: 23001-23-33-004-2015-00519-01

Actor: Alberto Luís Anichiarico Mejía

Demandados: Concejales de Lorica

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la decisión adoptada en el auto de la referencia, en lo relativo al agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral.

En esta providencia se confirmó el auto proferido en la audiencia inicial del 26 de abril de 2016 por el Tribunal Administrativo del Córdoba que declaró probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

En síntesis, la Sala concluyó que en el presente caso el demandante no demostró el agotamiento del requisito de procedibilidad frente al cargo relacionado con la falsedad de documentos electorales, toda vez que en el *sub judice* la petición formulada con tal propósito se presentó después de que fue declarada la elección y ante una autoridad que no era competente para conocer de tal solicitud.

Aunado a lo anterior, en esta providencia la Sala verificó que la petición elevada por el actor con el fin de agotar el requisito de procedibilidad no cumplía con las exigencias requeridas por esta Corporación, pues era genérica e indeterminada, ya que se limitó a señalar que existieron diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, pero no se indicaron de manera concreta la zona, puesto y mesa donde se presentaron tales irregularidades.

Ahora bien, la Sala, mediante auto de 28 de enero de 2016, el cual es citado en la providencia objeto de la presente aclaración, por decisión mayoritaria sentó su posición respecto de la exigibilidad al agotamiento del requisito de procedibilidad, la cual no comparto por las razones que tuve la oportunidad de exponer en el respectivo salvamento de voto.¹²

Sin embargo, manifiesto que respeto y acato el precedente sentado en el auto de 28 de enero de 2016, el cual es acogido en el *sub judice*, con la advertencia de que mi posición personal respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral se encuentra plasmada en el salvamento de voto en comentario.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 6300123330002015-00318-01. Salvamento de voto del auto de 28 de enero de 2016.

En los términos anteriores dejo plasmadas las razones por las cuales aclaro la decisión aprobada por la mayoría de la Sala.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado