

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma sentencia que declaro la nulidad del acto de nombramiento del primer vicepresidente del Concejo Municipal de Pasto

El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para confirmar o revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a que se declare la nulidad del acto de elección del señor Nelson Eduardo Córdoba López como Primer Vicepresidente de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pasto (...) Tenemos que en el presente caso, la decisión de primera instancia, se surtió una vez evacuada las etapas procesales pertinentes, con audiencia de las partes y conforme con el análisis en derecho que se estimó adecuado respecto de las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con los derechos que asisten a las minorías y a los partidos declarados en oposición al acalde al momento de conformar las mesas directivas de los concejos municipales (...) Por tanto, dicha situación no permite colegir que la actuación del tribunal, constituya prejuzgamiento, sino la conformación legítima de una tesis que si bien se vio reflejada de manera preliminar en el auto que decretó la suspensión provisional, ante la ausencia de pruebas y argumentos que varíen el estudio y análisis inicial, también se vio reflejado y consolidado en la sentencia de primera instancia, sin que pueda acusarse de prejuzgamiento alguno (...) En consecuencia, es evidente que el hecho que la sentencia de primera instancia, coincida con lo dispuesto preliminarmente por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 15 de junio de 2017, no puede considerarse como prejuzgamiento alguno, máxime cuando quedó plenamente demostrado que la nulidad del acto atiende la clara transgresión de una disposición legal que fue declarada exequible por el juez constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00637-02

Actor: RICARDO FERNANDO CERÓN SALAS, LUIS EDUARDO ESTRADA OLIVA Y JESÚS HÉCTOR ZAMBRANO JURADO

Demandado: NELSON EDUARDO CÓRDOBA LÓPEZ –PRIMER VICEPRESIDENTE DEL CONCEJO MUNICIPAL DE PASTO (NARIÑO)

ASUNTO: Nulidad electoral – Apelación de sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda. Confirma decisión de primera instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el Concejo Municipal de Pasto y el demandado, señor Nelson Eduardo Córdoba López, contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los señores Jesús Héctor Zambrano Jurado, Ricardo Fernando Cerón Salas y Luis Eduardo Estrada Oliva, presentaron demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011¹, en la cual solicitaron la nulidad del acto de elección del señor Nelson Eduardo Córdoba López como primer Vicepresidente del Concejo Municipal de Pasto –Nariño–. (Acta No. 211 del 11 de noviembre de 2016²).

1.1 Hechos

1.1.1 Adujeron los accionantes que actualmente fungen como concejales del municipio de Pasto en representación del Partido Cambio Radical, colectividad política que postuló para las elecciones del 25 de octubre de 2015 como candidato a la alcaldía, al señor Gustavo Núñez.

1.1.2 Sostuvieron que en las elecciones locales celebradas en el año 2015, resultó electo como alcalde municipal de Pasto el señor Pedro Vicente Obando, a quien el 2 de enero de 2016, en la instalación del concejo municipal los accionantes le expresaron que lo apoyarían en sus iniciativas como ejecutivo.

1.1.3 Manifestaron que trascurridos más de 9 meses de haber tomado posesión el alcalde electo no había cumplido con el programa de gobierno, así como tampoco había realizado actuaciones positivas para cumplir las metas propuestas en el plan de desarrollo. En razón de ello, los concejales electos por el Partido Cambio Radical se declararon de manera pública en abierta oposición a la actual administración local, lo cual consta en acta refrendada el 26 de octubre de 2016³ y dada a conocer ante la plenaria del concejo municipal el 31 del mismo mes y año.

1.1.4 Señalaron los accionantes que a pesar de haberse declarado en oposición, el Concejo Municipal de Pasto en sesión celebrada el 11 de noviembre de 2016, al momento de decidir lo concerniente a la elección de miembros de la mesa directiva, se desconoció el artículo 22 de la Ley 1551 de 2015 que señala: “*El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo*”; lo anterior debido a que se eligió al señor Nelson Eduardo Córdoba López, que pertenece al Partido de Autoridades

¹ Folios 1 a 21 del cuaderno No. 1

² Folios 23 a 54 del cuaderno No. 1.

³ Folio 94 del cuaderno No. 1.

Indígenas de Colombia –AICO– y no a uno de los miembros del Partido Cambio Radical declarado en oposición al alcalde.

1.1.5 Indicaron los accionantes que dicha elección se llevó a cabo a pesar que el señor Ricardo Cerón Salas⁴, el 10 de noviembre de 2016, en condición de concejal del partido en oposición, formalizó ante el Presidente de la duma municipal la postulación del concejal Jesús Zambrano para el cargo de primer vicepresidente.

1.1.6 Informaron que la concejal Lucía del Socorro Basante de Oliva, postuló al ahora demandado en su condición de representante del Partido de Autoridades Indígenas de Colombia –AICO–, bajo el argumento que lo hacía en nombre de una agrupación política minoritaria de conformidad con lo señalado en el artículo 112 de la Constitución Política.

1.1.7 Establecieron los demandantes que bajo las anteriores consideraciones, la cabildante indujo en error a varios de los miembros de la corporación al hacer ver una aparente contradicción entre la norma superior que le otorga derechos a las minorías y la norma especial que concede en forma precisa el derecho a la oposición de ocupar un asiento en la primera vicepresidencia del concejo municipal.

1.1.8 Resaltaron los accionantes que en la misma sesión del 11 de noviembre de 2016, el Concejo Municipal de Pasto eligió para la segunda vicepresidencia a la concejal Lucía del Socorro Basante de Oliva por el Partido Alianza Verde, quien también representa a una agrupación minoritaria.

1.1.9 Los accionantes señalaron que conforme a una interpretación sistemática de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 112 de la Constitución Política con el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 se tiene que le corresponde participación en la mesa directiva a las agrupaciones políticas minoritarias y en forma específica la primera vicepresidencia del concejo municipal a la colectividad política declarada en oposición, situación que no ocurrió en el presente caso.

1.1.10 Concluyeron los concejales demandantes que lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, tiene plena vigencia y frente a ello no es de recibo señalar que no puede ser aplicable al no estar regulado el estatuto de la oposición, pues, precisamente el alto Tribunal Constitucional en sentencias C-699 del 16 de octubre de 2013 y C-840 del 20 de noviembre del mismo año, decidió que el derecho de la oposición a tener asiento en la primera vicepresidencia, no requería ser desarrollado mediante ley estatutaria, razón suficiente para declarar exequible el mencionado precepto.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

⁴ Folios 95 y 96 del cuaderno No. 1.

Los demandantes señalaron los siguientes preceptos normativos como desconocidos con la expedición del acto de elección demandado⁵:

1.2.1 Artículo 22 de la Ley 1551 de 2012: toda vez que el acto de elección demandado se encuentra viciado de nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse.

En efecto adujeron los accionantes que el artículo 22 ídem, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-699 del 16 de octubre de 2013, fallo en el cual se estableció:

“...4.2.1. El artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 reformó el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 136 de 1994, ‘por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios’. El artículo en cuestión, en su versión original era el siguiente, ‘Artículo 28.- Mesas Directivas. La Mesa Directiva de los Concejos se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año.

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

La modificación consistió, en reemplazar el segundo inciso citado por el siguiente: ‘El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo.

4.2.2. En otras palabras, mientras que la versión original la participación en la primera vicepresidencia del Concejo, correspondía al partido o movimiento político mayoritario entre las minorías. En la nueva versión, tal participación se otorga al partido o los partidos que se declaren en oposición al alcalde.’”

Concluyeron los demandantes que la integración de las mesas directivas de los Concejos Municipales en lo que atañe a la primera vicepresidencia le corresponde a las agrupaciones políticas en oposición y ya no a aquellos que sean mayoritarios dentro de las minorías.

1.2.2 Para finalizar señalaron que actualmente es claro que los conceptos de oposición y minoría no son equivalentes, dado que la oposición se refiere a los grupos políticos que hacen contrapeso al estamento gubernamental, en el caso del artículo 112 superior se establece la participación de los partidos minoritarios en las mesas directivas de cuerpos colegiados, normas que coexisten sin estar en antinomia.

⁵ Folios 1 a 21 del cuaderno No. 1.

2. Actuaciones procesales relevantes

2.1 Admisión de la demanda y medida cautelar

Mediante auto del 15 de diciembre de 2016⁶, la Magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda sin decidir lo concerniente a la solicitud de suspensión provisional⁷.

El 17 de enero de 2017⁸, la Magistrada ponente previo a decidir la medida cautelar, ordenó correr traslado de la misma al demandado y al Presidente del Concejo Municipal de Pasto por el término de dos días.

El 20 de enero de 2017⁹, el Presidente del Concejo Municipal de Pasto, a través de apoderada judicial, se pronunció sobre la solicitud de suspensión provisional, en la cual solicitó se deniegue la medida cautelar contra el acto demandado, al considerar que la participación en las mesas directivas de los concejos municipales regulada por la Ley 1551 de 2012 solo hace mención a los partidos políticos que se declaren en oposición al alcalde por lo que, en razón de ello, se debe analizar dicho precepto en armonía con el artículo 112 Superior.

Concluyó la apoderada judicial del concejo municipal, que bajo los parámetros constitucionales descritos en el artículo 112 superior, son los partidos o movimientos políticos minoritarios quienes ostentan el derecho de pertenecer a la mesa directiva de cada duma municipal, se encuentre o no en la oposición.

El 2 de febrero de 2017¹⁰, la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, al considerar que la norma presuntamente desconocida con la elección del demandado (artículo 22 de la Ley 1551 de 2012), debe entenderse concordante con el artículo 112 de la Constitución Política, dado que las mismas se complementan ya que se dirigen a garantizar el derecho de participación en las mesas directivas de los partidos y movimientos minoritarios, entre los cuales clasifica la oposición.

Inconformes con la mencionada decisión, los demandantes en escrito del 13 de febrero de 2017¹¹, impugnaron el auto del 2 de febrero de 2017, que negó la suspensión provisional solicitada, apelación que fuera resuelta por la Sala Electoral del Consejo de Estado, en auto del 15 de junio de 2017¹² mediante el cual lo revocó al considerar que: *"{...} al ser el Partido Cambio Radical la agrupación política que se encuentra formalmente en oposición al alcalde, le*

⁶ Folios 108 a 109 vuelto del cuaderno No. 1.

⁷ A folio 11 del cuaderno de medida cautelar, existe constancia del oficial mayor de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño, en la cual informa al despacho de conocimiento, que el 2 de diciembre de 2016 se recibió el expediente en dicha oficina en 1 cuaderno con 104 folios, tal y como consta en el acta de reparto, sin que a esa fecha fuera allegado el cuaderno de medida cautelar. Tal irregularidad conllevó a que la Magistrada Ponente se pronunciara únicamente sobre la admisión de la demanda.

⁸ Folios 12 y 12 vuelto del cuaderno de medida cautelar.

⁹ Folios 17 a 19 del cuaderno de medida cautelar.

¹⁰ Folios 29 a 31 del cuaderno No. 1

¹¹ Folios 33 a 40 del cuaderno No. 1.

¹² Folios 84 a 92 vuelto del cuaderno de medidas cautelares.

correspondía al Concejo Municipal de Pasto garantizar a dicha colectividad su participación en la primera vicepresidencia de la duma municipal conforme lo señala el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, sin desconocer los derechos de las minorías conforme lo preceptúa el artículo 112 Superior, en razón de ello, se procederá a revocar el auto del 2 de febrero de 2017, por medio del cual el a-quo negó la suspensión provisional del acta No. 211 del 11 de noviembre de 2016, para en su lugar decretar la medida deprecada.”

2.2 Contestación de la demanda por parte del Presidente del Concejo Municipal de Pasto

En escrito del 31 de enero de 2017¹³, el Concejo Municipal de Pasto, a través de apoderada judicial contestó la demanda solicitando denegar las pretensiones de la misma. Como fundamento de su petición, señaló que de conformidad con el principio pro homine el juez electoral debe interpretar las normas de manera favorable al candidato o elegido.

En razón de lo anterior adujo que conforme con el artículo 112 de la Constitución Política las agrupaciones políticas minoritarias gozan de una protección de rango constitucional que se erige como una garantía vigente, la cual no es desconocida por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012.

Sostuvo que la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2013 reconoció que para la integración de las mesas directivas de los concejos municipales se debe tener en cuenta que el artículo 112 constitucional debe leerse de manera integrada con el artículo 22 mencionado, dado que quienes ostenten la condición de minorías no pierden su derecho de participación política en la conformación de las mismas.

A su turno sostuvo que la Ley 1551 de 2012, no puede entenderse como un privilegio a las agrupaciones políticas en detrimento de las minoritarias, dado que solo bastaría con que una de éstas se declarara en oposición para tener automáticamente asiento en la mesa directiva como primer vicepresidente, lo cual a todas luces vulnera el derecho de las minorías de participar en la conformación política de las directivas de las correspondientes dumas municipales.

Para finalizar propuso las excepciones de incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado y falta de integración del litisconsorcio necesario, lo anterior al señalar que el Concejo Municipal únicamente puede comparecer a través de municipio de Pasto.

2.3 Contestación de la demanda por parte del señor Nelson Eduardo Córdoba López

El 31 de enero de 2017¹⁴, el demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma bajo los siguientes supuestos:

¹³ Folios 114 a 122 vuelto del cuaderno No. 1.

¹⁴ Folios 125 a 137 del cuaderno No. 1.

2.3.1 Legalidad de la postulación y elección del primer vicepresidente del Concejo Municipal de Pasto: conforme a este argumento, sostuvo que el acto de elección enjuiciado fue proferido con pleno respeto del ordenamiento jurídico en la medida que ostenta la primera vicepresidencia del concejo una agrupación política minoritaria como lo es AICO y, por tanto, se debe tener en cuenta que con la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012, las minorías pueden ser postuladas para ocupar la primera vicepresidencia conforme lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-699 de 2013, que en su apartado número 4.2.6 sostuvo: *“Es cierto que el concepto de ‘minoría política’ no se incluye en la nueva versión del segundo inciso del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 (según la modificación que se analiza). Sin embargo, se debe tener en cuenta que el inciso segundo del artículo 112 de la Constitución Política establece que los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación. Es claro que el artículo 28 de la Ley 136 de 1994, incluso en su nueva versión, debe ser aplicado en concordancia con el 112 constitucional. **En tal medida, las minorías no han perdido su derecho de participación política en las mesas directivas de los concejos municipales.**”*

2.3.2 Postulación realizada por el Partido Cambio Radical como partido de oposición: al respecto, señaló el demandado que el concejo municipal nunca desconoció que el Partido Cambio Radical al declararse en oposición al alcalde municipal pudiera ocupar la primera vicepresidencia de la mesa directiva, pues su candidato fue postulado y puesto en consideración junto con el demandado en el proceso de elección respectivo, siendo este último quien fue elegido por votación, situación con la que aduce se garantizó la posibilidad de que el candidato de la oposición también hubiera podido ganar la primera vicepresidencia.

2.3.3 Errada interpretación del artículo 22 de la Ley 1551 de 2012: en este sentido, señaló que la declaratoria en oposición de una colectividad política, no le otorga un derecho directo para que ocupe la primera vicepresidencia en la mesa directiva del correspondiente concejo municipal, tal como a su juicio lo define la sentencia C-699 de 2013, que citó parcialmente.

2.3.4 Posibilidad que dos o más representantes de las minorías ocupen puestos en las mesas directivas: finalmente, el demandado sostuvo que si bien la segunda vicepresidencia también está ocupada por una concejal perteneciente a una minoría no se puede aseverar que la participación de la minoría en la mesa directiva estuviera garantizada desde el principio cuando la designación a cada dignidad se somete a votación y, en todo caso, no existe prohibición legal que limite la participación de las minorías en la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales.

Conforme con los anteriores argumentos de defensa propuso las excepciones de: i) acto de designación con debido apego al régimen legal y constitucional, ii) inobservancia de los principios pro homine y pro libertatis, iii) interés colectivo de

la pureza del sufragio, iv) indebida interpretación de la ley y la jurisprudencia y, v) la innominada o genérica.

2.4 Audiencia Inicial¹⁵

En la audiencia inicial¹⁶ celebrada el 8 de mayo de 2017, la Magistrada conductora del proceso en primera instancia, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalide lo actuado, razón por la cual procedió a: i) decidir sobre las excepciones planteadas ii) fijar el litigio y iii) decretar las pruebas oportunamente solicitadas.

En cuanto a las excepciones propuestas por el Concejo Municipal de Pasto, esto es, indebida representación del demandado y falta de integración de litis consorcio necesario, la directora del proceso las declaró no probadas.

A continuación procedió a la fijación del litigio, el cual se circunscribió en determinar si *“¿Se halla viciada de nulidad la elección del señor Concejal Nelson Eduardo Córdoba López, como Primer Vicepresidente del Concejo de Pasto, para el período 2017-2018, pues tal designación habría trasgredido el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012?”*

Con el propósito de solucionar el litigio planteado, el Despacho plantea el siguiente problema jurídico subordinado:

¿La Primera Vicepresidencia de los Concejos Municipales está reservada para el Partido Político en oposición al Gobierno o para el Partido Político minoritario, o, únicamente, a esos Partidos les asiste el derecho a participar en aquella elección?”

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y las contestaciones, acto seguido denegó el decreto de algunas pruebas por considerarlas innecesarias.

2.5 Alegatos de conclusión

En el plazo otorgado por la Magistrada Ponente para alegar de conclusión intervinieron en su orden:

2.5.1 Los demandantes

Mediante memorial del 16 de mayo de 2017¹⁷ el extremo actor insistió en los argumentos de la demanda deprecando la nulidad del acto demandado y, en tal sentido, argumentaron que no pueden confundirse los partidos o movimientos

¹⁵ Mediante auto de 27 de abril de 2017, la Magistrada Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 8 de mayo de 2017 a las 3:00 pm. Folios 166 y 167 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, folios 178 a 185 del cuaderno No.1.

¹⁷ Folios 189 a 200 del cuaderno No. 1.

minoritarios, con los declarados en oposición quienes, adujeron, tienen derecho a la primera vicepresidencia de los Concejos Municipales de conformidad con el artículo 22 de la ley 1551 de 2012, disposición que no puede ser desconocida en el presente caso.

2.5.2 Concejo Municipal de Pasto

Mediante escrito radicado el 22 de mayo de 2017¹⁸, el apoderado judicial del Concejo Municipal de Pasto, sintetizó los argumentos de defensa plateados en la contestación de la demanda y, de igual manera, señaló que para ocupar la primera vicepresidencia de la corporación no basta con que un partido político que reclama su participación en la mesa directiva del Concejo Municipal se declare en oposición al alcalde, sino que también es necesario sea una minoría pues, a su juicio, son los partidos y movimientos minoritarios quienes ostentan el derecho de pertenecer a la mesa directiva del Concejo, estén o no en oposición.

2.5.3 Demandado señor Nelson Eduardo Córdoba López

El 22 de mayo de 2017, el demandado presentó escrito de alegatos de conclusión¹⁹, en los que una vez efectuado un breve recuento de la actuación surtida en primera instancia señaló que, a su juicio, la primera vicepresidencia debe otorgarse al partido minoritario que la exija o al partido opositor que la exija y en caso de que exista coincidencia en la exigencia de ocupar la primera vicepresidencia, someter a votación la elección de quien debe ocupar dicha dignidad en la mesa directiva del concejo. En consecuencia, insistió en que debía darse lugar a la denegación de las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que nos ocupa.

2.5.4 Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público delegado ante el Tribunal Administrativo de Nariño en escrito radicado el 22 de mayo de 2017²⁰ solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que, en síntesis, para tener participación en la mesa directiva del Concejo Municipal de Pasto no se requiere ser de un partido o movimiento político minoritario en oposición, sino cumplir con lo establecido en el artículo 112 Constitucional, esto es, a juicio del agente, encontrarse en partido o movimiento minoritario con personería jurídica, independientemente de si se encuentra o no en oposición, por lo que consideró que el demandado cumplía con tales requisitos y, por ende, si resultaba posible su elección.

2.6 Sentencia recurrida

¹⁸ Folios 201 a 204 del cuaderno No. 1.

¹⁹ Folios 213 a 217 del cuaderno No. 1.

²⁰ Folios 205 a 212 del cuaderno No. 1.

Mediante sentencia de 31 de julio de 2017²¹ el *a quo* resolvió acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que la elección del Concejal Nelson Eduardo Córdoba como primer vicepresidente de dicha corporación, estuvo viciada de nulidad al no haber atendido el postulado normativo contenido en el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 en razón a que fue elegido, si bien siendo parte de un movimiento político minoritario, obviando que dicho movimiento no se encontraba en oposición al alcalde como dispone la norma en comento.

En tal sentido, señaló la sentencia de primera instancia que luego de analizadas las posiciones de la Corte Constitucional respecto de la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales así como la decisión adoptada por el Consejo de Estado al momento de resolver la apelación contra el auto que negó la suspensión provisional del acto demandado, el Tribunal Administrativo acogía el argumento del *“Alto Tribunal Contencioso ... el cual precisa que, tendrá participación en la Primera Vicepresidencia de esas Corporaciones de elección popular, el Partido o Movimiento en oposición al Alcalde, habida cuenta que, señala el Consejo, esta interpretación, garantiza en, mayor medida, el pluralismo político y representación de las colectividades”*²².

En razón de lo anterior, resolvió: i) declarar la nulidad del *“acto administrativo contenido en el Acta N° 211 de 11 de noviembre de 2016, por medio del cual el Concejo Municipal de Pasto eligió, al señor Concejal Nelson Eduardo Córdoba López ... como Primer Vicepresidente de la mesa directiva de esa Corporación, para el periodo 2017”* y, en consecuencia, dispuso además *“...LEVANTAR, la medida cautelar decretada, el 17 de junio de 2017, por el Consejo de Estado, como quiera que fue declarada la nulidad de la elección del señor Concejal”*.

2.7 Recurso de apelación presentado por el señor Nelson Eduardo Córdoba López

Por medio de escrito radicado el 18 de agosto de 2017²³ ante el Tribunal Administrativo de Nariño, el demandado presentó recurso de apelación contra la sentencia del 31 de julio de 2017, solicitando que se revoque la decisión tomada en primera instancia, toda vez que considera claro que su elección como Primer Vicepresidente del Concejo Municipal de Pasto, carece de vicios de nulidad y se ajusta al marco jurídico aplicable.

En tal sentido, adujo que la sentencia señala que los partidos que se declaren en oposición tienen derecho a acceder de forma directa a la primera vicepresidencia de la mesa directiva de las corporaciones municipales, sin importar si estos representan o no a una minoría, todo lo cual, a juicio del recurrente, contraviene el precepto contenido en el artículo 112 superior, que dispone la participación de minorías en mesas directivas de los concejos

²¹ Folios 219 a 229 vuelto del cuaderno No. 1.

²² Folio 229 del cuaderno No. 1.

²³ Folios 231 a 236 del cuaderno No.1.

municipales, situación que no puede ser de recibo por cuenta de la primacía de la norma constitucional.

Lo anterior, en la medida que sostener que el cargo de primer vicepresidente estaba reservado exclusivamente al Partido Cambio Radical por declararse en oposición al Alcalde, es afirmar que el artículo 28 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 22 de la ley 1551 de 2012, se aplica de forma independiente, autónoma y discordante con lo preceptuado en el mencionado artículo Constitucional.

De igual manera indicó el recurrente que reconocer fuerza vinculante al auto del Consejo de Estado que decretó en segunda instancia la suspensión provisional del acto demandado, es acusar al máximo órgano de lo contencioso administrativo de prejuzgar asuntos que posteriormente podrían llegar a su conocimiento, lo cual no puede ser admitido dentro del presente asunto, máxime cuando, según el demandado, no se puede sostener que el alto tribunal privilegie a los partidos declarados en oposición para que ocupen dignidades en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, pues esta interpretación se aleja del sentido de una decisión adoptada en un caso anterior en el que el Consejo de Estado *“establece que la falta de un Estatuto de la Oposición (Ley Estatutaria), no le garantizaba al Partido opositor al Gobierno, la obtención directa de un escaño en la mesa directiva del cuerpo colegiado”*.²⁴ .

Finalmente, concluye señalando que no existe reserva legal o constitucional de la primera vicepresidencia de los concejos municipales al partido opositor del alcalde, cuando también se postula un concejal representante de una minoría, evento en el cual se debe elegir a uno de los candidatos, por lo que, a su juicio, los artículos 28 de la ley 136 y 22 de la ley 1551 de 2012, autorizan tanto a las minorías y a los partidos políticos que declaren en oposición al Alcalde, a tener participación en la primera vicepresidencia del Concejo.

2.8 Recurso de apelación presentado por el Concejo Municipal de Pasto

En escrito del 18 de agosto de 2017²⁵, la apoderada judicial del Concejo Municipal de Pasto, presentó recurso de apelación, en el cual manifestó su inconformidad frente a la declaratoria de nulidad del acto demandado conforme con los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que el decreto de la medida cautelar, según decisión proferida en segunda instancia, no constituye prejuzgamiento, situación por la cual se argumenta que no es dable aceptar que se profiera una sentencia sustentada en la interpretación de Consejo de Estado plasmada en un auto que se pronuncia respecto de la solicitud de una medida cautelar, por cuanto como quedó dicho en esa misma decisión, la suspensión provisional del acto no implica que tal decisión deba ser atendida para resolver de fondo el asunto que

²⁴ El demandado refiere a decisión proferida al interior del proceso Radicado con el No 11001-03-28-000-2009-00039-00

²⁵ Folios 231 y 248 del cuaderno No. 1.

se debate, máxime cuando, a su juicio, se están contrariando los argumentos expuestos por la Corte constitucional sobre la materia.

De otra parte, argumentó que la protección de los partidos minoritarios es de rango Constitucional y, por tanto, es una garantía que se mantiene aún con la modificación que se introdujo a la Ley 136 de 1994 y posteriormente con el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, que si bien al regular la participación de las mesas directivas no señaló que se trataba expresamente de minorías políticas, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente la sentencia C- 699 de 2013, es claro que no basta con que el partido político se declare en oposición al alcalde sino que también debe ser una minoría entre la conformación de la corporación municipal, en concordancia con el artículo 112 de la Constitución, condición que a consideración del recurrente no acredita el Partido Cambio Radical que se declaró en oposición al alcalde.

De igual manera, manifestó que el Concejo Municipal de Pasto fue garantista al aceptar la postulación del concejal del partido opositor, junto con la del concejal representante de un partido minoritario y, en virtud del reglamento interno, dar lugar a la elección del primer vicepresidente mediante votación en el concejo, situación por la que considera que el acto demandado se ajustó plenamente a los preceptos legales y constitucionales aplicables.

Finalmente, la apelación refiere a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para las autoridades administrativas, en especial lo consignado en la sentencia C-669 de 2013, que dio lugar a la elección demandada y que a su juicio fue desconocida por la decisión de primera instancia al declarar la nulidad del acto administrativo demandado.

2.9 Trámite de instancia

Mediante auto del 9 de octubre de 2017²⁶ la Magistrada Ponente admitió los recursos de apelación interpuestos y sustentados por el demandado y por el Presidente del Concejo Municipal de Pasto. A su vez ordenó los traslados de rigor.

2.10 Alegatos de Conclusión en segunda instancia

Remitidas las comunicaciones del caso, intervinieron:

2.10.1. Los demandantes mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2017²⁷, presentaron sus alegatos de conclusión reiterando, en síntesis, los argumentos expuestos en la demanda y alegatos de conclusión de primera instancia, reprochando además la presunta “*morosidad*” con la que actuó la Magistrada sustanciadora en primera instancia, por cuenta de la concesión y remisión del

²⁶ Folios 257 a 258 del cuaderno No. 2.

²⁷ Folios 269 a 280 del cuaderno No. 2.

expediente al superior casi un mes después de la interposición de los recursos de apelación.

2.10.2 El Presidente del Concejo Municipal de Pasto, el 25 de octubre de 2017²⁸, obrando por conducto de su apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión, en los que expuso nuevamente que, a su juicio, es evidente que la jurisprudencia Constitucional establece que con la entrada en vigencia del artículo 22 de la ley 1551 de 2012, en ningún momento se cercenó el derecho de las minorías consagrado en el artículo 112 de la Constitución, por lo que insistió que no basta con que un partido se declare en oposición sino que además, se requiere que sea minoría entre la conformación de la corporación, condición que no ha sido acreditada por Cambio Radical y, por ende, considera que ante la clara la posición garantista del Concejo Municipal de Pasto al momento de elegir al primer vicepresidente de la mesa directiva que, conforme con su reglamento interno, se suscitó mediante votación entre un concejal de minorías y otro de oposición, consideró que en virtud de ello el acto demandado se ajusta plenamente al marco jurídico aplicable.

De igual manera, señaló que por disposición directa del inciso segundo del artículo 112 Constitucional, la reglamentación sobre la materia solamente puede hacerse mediante ley estatutaria, por lo que argumentó que en varios pronunciamientos el Consejo de Estado se inaplicó por inconstitucional el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 136 de 1994, por ser ésta una norma ordinaria, concluyendo que mientras no se expidiera una ley estatutaria que reglamente íntegramente la oposición, no es posible determinar que una elección de mesa directiva de un cuerpo colegiado contenga un vicio que afecte su legalidad.

En consecuencia, concluyó mencionando que la decisión de primera instancia, que se fundamenta en la posición supuestamente adoptada por el Consejo de Estado “*mediante Auto del 15 de junio de 2017*”, no se compadece con la jurisprudencia emanada previamente²⁹ en la que dicha entidad había inaplicado los parámetros normativos del mencionado artículo.

Bajo tal marco, deprecó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se declare la legalidad del acto de elección del concejal Nelson Eduardo Córdoba López como Primer Vicepresidente de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pasto.

2.10.3. El señor Nelson Eduardo Córdoba López, mediante memorial remitido al correo electrónico de la secretaría de esta Corporación el 25 de octubre de febrero de 2017 a las 5:20 p.m.³⁰, presentó de manera extemporánea los alegatos de conclusión³¹.

²⁸ Folios 282 a 285 del cuaderno No. 2.

²⁹ Folios 284, 284 y 284 vuelto. El apelante alude a la decisión proferida en los siguientes términos: “*Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo, diecinueve (19) de febrero de 2009. Radicación 05001231000200800266 02 Radicación interna No. 2008-0266*”, y a la “*sentencia proferida el 30 de noviembre de dos mil diez (2010)*” en este último caso sin citar el número de radicado de trámite correspondiente ni otra referencia adicional.

³⁰ En constancia secretarial que obra a folio 268 del cuaderno No. 2, se encuentra que el plazo para presentar alegatos de conclusión transcurrió entre el 23 y el 25 de octubre de 2017 a las 5:00 p.m. De igual manera, a

2.11 Concepto del Ministerio Público

El 31 de octubre de 2017³² el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado, solicitó se revoque la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Argumentó que debe tenerse en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, contenido en la Sentencia C-699 de 2013, así como los pronunciamientos del Consejo de Estado anteriores a la declaratoria de exequibilidad del artículo 22 de la ley 1551 de 2012, al interior del proceso radicado con el número 2009-639, para encontrar el pensamiento de las altas cortes sobre la materia y definir la controversia.

De otra parte, señaló que los demandantes fallaron al probar los supuestos necesarios para que su solicitud de nulidad fuese acogida, lo anterior por cuanto, a su juicio, no obra prueba de la personería jurídica del grupo político de los accionantes, o la ausencia de la misma respecto del grupo demandado que alcanzó el cargo y mucho menos como resultaron las votaciones para concejo municipal de octubre de 2015, para entonces poder demostrar si el vicepresidente electo, tenía o no derecho a acceder a esa dignidad.

Así las cosas, consideró que los demandantes debían probar que tenían personería jurídica y eran minoría, pues solo la oposición al alcalde quedó demostrada, mientras que a la vez debían demostrar que quien accedió al cargo no era ni uno ni lo otro.

Señaló que en la audiencia inicial las partes se centraron erróneamente en pensar que se encontraban solamente frente a la discusión de un punto de derecho, fijando el litigio en un tema lejano a lo que verdaderamente debía demostrarse, prescindiendo además de la etapa de pruebas la cual, considera, hubiera esclarecido el tema.

Finalmente, en cuanto a la argumentación del fallo de primera instancia, indicó que el auto del 15 de junio de 2017 proferido por el Consejo de Estado en segunda instancia, no puede entenderse como un precepto jurisprudencial aplicable en este caso, pues por mandato legal dicha decisión no genera prejuzgamiento en razón a que se produce en otro momento procesal y, por ende, nada podía decirse de fondo sobre el caso, entre otras cosas, porque los requisitos para decretar la medida cautelar no son los mismos que para proferir un fallo, cualquiera que sea su sentido.

Folio 287 y 287 vuelto, obra constancia de recepción del correo electrónico respectivo el 25 de octubre a las 5:20 p.m.

³¹ Folios 288 a 291 del cuaderno No. 2.

³² Folios 292 a 305 del cuaderno No. 2.

2. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de los recursos de apelación presentados por el demandado y el Presidente del Concejo Municipal de Pasto, contra el fallo del 31 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, está fijada en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para confirmar o revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a que se declare la nulidad del acto de elección del señor Nelson Eduardo Córdoba López como Primer Vicepresidente de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pasto.

Bajo tal marco se considera pertinente para resolver el caso en concreto analizar los siguientes aspectos: i) materias reguladas por el artículo 112 de la Constitución Política, ii) conformación de las mesas directivas en los concejos municipales y, iii) análisis del caso particular.

3. Caso concreto

3.1 Materias reguladas por el artículo 112 de la Constitución Política, distinción entre partido y movimiento político minoritario y de oposición

En primer lugar, como aspecto relevante al caso, debemos señalar que el artículo 112 de la Constitución Política, prevé:

“Artículo 112. Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.

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

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia”.

Lo anterior, toma gran relevancia teniendo en cuenta que se reúnen dos esferas de protección, esto es, por una parte, la relacionada con los partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición al gobierno y, por otra, la de los partidos y movimientos minoritarios a quienes, en virtud del artículo citado, les asiste el derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados según su representación.

En este sentido, la interpretación de dicha norma constitucional, podía generar en principio una errada apreciación de similitud entre los conceptos de minorías políticas y la de oposición, situación que incluso se vio reflejado en decisiones proferidas por el Consejo de Estado. En efecto, por ejemplo, en sentencia de 30 de noviembre de 2010, dictada en el proceso 11001-03-28-000-2009-0039-00 (aprobada con una salvedad de voto), la Sección Quinta de esta corporación, precisó:

*“Se infiere del anterior precedente judicial a partir del 2005, **que las nociones ‘minorías políticas’ y ‘partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición’ se han asumido como equivalentes o como sinónimas** para efectos de la garantía del derecho a que estos partidos y/o movimientos políticos tengan participación en las mesas directivas de las Corporaciones Públicas de elección popular, y para señalar que la reglamentación sobre la materia solamente puede hacerse mediante ley estatutaria....*

*Pero como del precedente judicial sobre el tema no se desprende que éste afirme que existe regulación normativa del procedimiento a observar para **garantizar que los partidos minoritarios, es decir, los declarados en oposición tengan siempre participación en las mesas directivas del senado (sic) y de la Cámara y de las comisiones constitucionales, ni tampoco que (sic) jurisprudencia haya sostenido que la composición de estas mesas directivas no sea de acuerdo a la representación que los partidos y movimientos políticos tengan en el respectivo cuerpo colegiado, no es posible concluir que una elección de mesa directiva de un cuerpo colegiado de elección popular sea ilegítima porque los elegidos en ellas no pertenecen a la oposición, pues se carece de ley estatutaria que, como lo dispone el artículo 112 superior, es la que debe reglamentar íntegramente la materia.”***

Sin embargo, actualmente ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concretamente a partir de la sentencia C- 122 del 1º de marzo de 2011³³, que las prerrogativas dadas por la Constitución y la Ley para las minorías

³³ M.P: Juan Carlos Henao Pérez. Expediente No. D-8207. En este caso, la demandante consideró que el párrafo del artículo 40 de la Ley 5 de 1992 iba en contra del artículo 112 de la C.P contenido en el Título IV “De la participación democrática y de los Partidos Políticos”, que le otorgan una serie de garantías y derechos a los partidos y movimientos minoritarios que no hacen parte del Gobierno como coalición, con el fin de

políticas y para la oposición se crearon entendiendo a estos dos términos como disímiles en cuanto a la esfera de protección o, si así se quiere ver, **considerando que se regulan dos materias diferentes al interior del artículo 112 Superior.**

En efecto, en dicha oportunidad la Corte Constitucional definió lo siguiente:

“En un primer lugar encuentra la Corte que desde la definición ordinaria el concepto de “minoritario” puede dar lugar a dos acepciones: 1. “perteneiente o relativo a la minoría” y 2. “Aquél que está en minoría numérica”. Por otra parte,... se pueda dar constitucionalmente a ciertas agrupaciones políticas por su situación de inferioridad numérica o de su baja influencia política en un Estado. (...)

Igualmente en los regímenes políticos presidenciales se pueden presentar partidos y movimientos políticos minoritarios de distinta índole, no solo atendiendo al criterio numérico del concepto sino también desde la concepción política....

Por otra parte se debe tener en cuenta lo referente a las circunscripciones especiales en donde la Constitución garantiza la participación de minorías étnicas, políticas y de colombianos residentes en el exterior....

*Teniendo en cuenta las diferentes acepciones que se puede dar al término ‘minoritario’ en Colombia, la Corte concluyó que desde el punto de vista literal o lingüístico **no se puede hacer la correspondencia entre ‘partido y movimiento político minoritario’ con ‘partido y movimiento político de oposición’.** Esto, debido a que los partidos y movimientos políticos minoritarios pueden tener distintas formas como los partidos políticos de oposición, los de coalición, los que se declaren neutrales al Gobierno y las minorías con curules permanentes en el Congreso por el establecimiento de circunscripciones especiales.”³⁴*

Así las cosas, no es posible señalar actualmente que “las nociones ‘minorías políticas’ y ‘partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición’ se han asumido como equivalentes o como sinónimas”³⁵, sin perjuicio que en algún momento se pudiera inferir lo contrario, pues lo cierto es que como esta misma Sección ha definido, dicho criterio cambió sustancialmente a partir de la sentencia C-122 de 2011, en la que se determinó que la interpretación histórica realizada hasta ese momento por la Sección Quinta del Consejo de Estado no resultaba

permitir su participación y fortalecimiento. Para fortalecer su interpretación la demandante citó la excepción de inconstitucionalidad proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2009 señalando que el máximo Juez de lo Contencioso Administrativo concluyó, “... que cuando el artículo 112 trata sobre el derecho de los partidos y movimientos políticos y minoritarios con personería jurídica a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, se está aludiendo a aquellos que se declaren en oposición”.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-122 del 1º de marzo de 2011, M.P: Juan Carlos Henao Pérez, expediente No. D- 8207

³⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 30 de noviembre de 2010, dictada en el proceso 11001-03-28-000-2009-0039-00 (aprobada con una salvedad de voto)

acertada, toda vez que analizados los debates de la Asamblea Nacional Constituyente en torno del precepto que se convirtió en el artículo 112 de la Carta Política, se encuentra que siempre se dio un tratamiento separado a los derechos de los partidos y movimientos políticos que no participaran en el Gobierno y a la participación de los partidos minoritarios en las mesas directivas consagrado en el inciso segundo del artículo 112 de la Constitución.

En efecto, desde ese mismo momento y como ya se advirtió, teniendo en cuenta las diferentes acepciones que se pueden dar al término 'minoritario' en Colombia, la Corte Constitucional concluyó que desde el punto de vista literal o lingüístico no se puede hacer la correspondencia entre 'partido y movimiento político minoritario' con 'partido y movimiento político de oposición'.

Es así como, en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 30 de junio de 2011³⁶, demarcó la distinción de las dos materias al señalar que:

“El anterior panorama cambió sustancialmente a partir de la expedición de la sentencia C-122/11...

*Entonces, según la Corte, el artículo 112 **regula 2 materias diferentes, a saber: (i) los derechos de la oposición..., y (ii) los derechos de las minorías a participar en las mesas directivas de las corporaciones públicas de elección popular (cámaras legislativas, asambleas departamentales, concejos municipales y juntas administradoras locales)...***

*Tal interpretación fue hecha en el contexto de un control abstracto de constitucionalidad **de manera que lo resuelto tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, es decir, para todos los operadores jurídicos, incluso para esta Corporación**, pues conforme con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatuaria de Administración de Justicia, “Las de la corte [se refiere a las sentencias] dictadas como resultado del examen de normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad serán de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes en su parte resolutive...”.*

En consecuencia, de conformidad con los pronunciamientos de esta misma Sección es evidente que el artículo 112 de la Constitución regula, de una parte, los derechos de la oposición y, de otra, los de las minorías, situación que no puede verse desconocida actualmente menos aun aludiendo a decisiones anteriores al pronunciamiento de la Corte Constitucional al interior de la Sentencia C-122 de 2011 que, como se dijo, ha definido con total claridad la distinción entre las dos materias.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta Sentencia del 30 de junio de 2011. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00108-00

3.2 Conformación de las mesas directivas en los concejos municipales

La Ley 136 de 1994 en su artículo 28 inicial, dispuso lo pertinente frente a la composición de la Mesa Directiva de los Concejos Municipales, en los siguientes términos:

“Artículo 28º.- Mesas Directivas. *La Mesa Directiva de los Concejos se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año.*

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

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

En este sentido, tenemos que el inciso segundo de la norma transcrita, respondía inicialmente a un desarrollo del artículo 112 de la Constitución Política que, como ya se vio, instituye como una de sus materias reguladas, que *“Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.”*

En ese sentido, tenemos que el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, modificó el inciso segundo del artículo 28 de la ley 136 de 1994, sustituyendo la participación de la minoría en la primera vicepresidencia del Concejo, por la de *“El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde”*, en los siguientes términos:

“El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo.”

El cambio normativo fue demandado y la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2013, declaró la exequibilidad³⁷ del artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 dejando claro que la aplicación de éste debe hacerse en concordancia con el artículo 112 Superior, que, como ya se ha dicho regula dos materias diferentes, en los siguientes términos:

“En conclusión, a la luz de los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para identificar una norma cuyo contenido es propio de ley estatutaria, el Congreso de la República no viola la reserva de la ley estatutaria (Arts. 152, CP), al establecer mediante ley ordinaria el derecho de los partidos que se declaren en oposición al Alcalde Municipal, a participar en la primera vicepresidencia del Concejo Municipal (Art. 22, Ley 1551).

³⁷ El demandante consideró que el legislador no podía por medio de una ley ordinaria establecer cuál es la participación a la que tienen derecho las minorías en las Mesas Directivas de las Corporaciones Públicas, porque, de acuerdo con el artículo 112 constitucional, tales reglas deben fijarse en una ley estatutaria no ordinaria.

*4.2.6. Teniendo en cuenta que algunos de los intervinientes señalaron que el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 recortó los derechos de las minorías políticas, en tanto sólo se hace referencia al o los partidos de oposición, es preciso que la Corte Constitucional haga la siguiente aclaración. Es cierto que el concepto de 'minoría política' no se incluye en la nueva versión del segundo inciso del artículo 28 de la Ley 136 de 1994 (según la modificación que se analiza). Sin embargo, se debe tener en cuenta que el inciso segundo del artículo 112 de la Constitución Política establece que los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación. **Es claro que el artículo 28 de la Ley 136 de 1994, incluso en su nueva versión, debe ser aplicado en concordancia con el 112 constitucional.** En tal medida, las minorías no han perdido su derecho de participación política en las mesas directivas de los concejos municipales."*

Frente a lo anterior, debe precisarse que el ámbito de aplicación de las normas arriba citadas, no solo por la regulación de dos materias al interior del artículo superior, sino por la armonía que ha de observarse en su aplicación, lleva a la necesidad de garantizar la participación en las mesas directivas de los concejos municipales tanto de las minorías como de quienes se declaren en oposición, ello con el fin de garantizar y fortalecer la representatividad de las colectividades y el pluralismo político.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que, como ya se definió en líneas anteriores, la norma superior estableció una garantía de participación para los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, mientras que en el caso de las agrupaciones políticas que se declaren en oposición -que no pueden asimilarse al concepto de minorías-, el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, les garantiza que puedan participar en la primera vicepresidencia de cada concejo municipal, sin que ello implique disminución alguna de los derechos de las minorías propiamente considerados, sean éstas de oposición o no.

Por tanto, en aplicación de la norma Constitución y la sustitución a la disposición legal que rige la materia se puede concluir que el derecho a participar en la conformación de las mesas directivas en los concejos municipales está previsto a favor de:

1. Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica según su representación en ellos en virtud del artículo 112 de la Constitución Política.
2. Los partidos que se declaren en oposición al alcalde en la primera vicepresidencia del concejo, por disposición específica del artículo de 22 de la Ley 1551 de 2012, sin perjuicio alguno de la participación que en virtud de la Constitución corresponde a las minorías.

3. Lógicamente, también corresponde a las agrupaciones políticas que hubiesen alcanzado una curul y no pertenezcan a ninguna de las clasificaciones anteriores, participar al interior de la Mesa Directiva.

En consecuencia, es evidente que en aplicación armónica, tanto el artículo 112 Superior como la sustitución normativa efectuada por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, se crea un equilibrio participativo incluyendo a quienes por sus circunstancias se encuentren en situación de minoría u oposición, para que puedan participar en el debate político en paridad de condiciones y garantías, máxime cuando para el caso de los concejos municipales se prevé una mesa directiva compuesta de: i) un presidente, ii) un primer vicepresidente y, iii) un segundo vicepresidente que, sin perjuicio de la asignación taxativa efectuada por el citado artículo 22 ídem, respecto de la primera vicepresidencia para la oposición, permite y sobre todo garantiza la participación de minorías, y agrupaciones políticas diferentes a estas calificaciones, en la mesa directiva en cualquiera de los dos puestos restantes.

3.3 Análisis del caso particular.

Los argumentos de impugnación presentados por el Concejo Municipal y del demandado, recogidos además por el concepto del Agente del Ministerio Público³⁸ que requirió la revocatoria de la sentencia de primera instancia, se pueden resumir y presentar de forma ordenada de la siguiente manera: i) desconocimiento de los derechos de las minorías consagrados en el artículo 112 de la Constitución Política y de la Sentencia C-699 de 2013 y, ii) un posible prejuzgamiento del a-quo al acoger la interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 15 de junio de 2017.

En razón de lo anterior, se analizarán los argumentos de inconformidad presentados contra la sentencia apelada, como a continuación se detalla:

3.3.1 Desconocimiento del artículo 112 de la Constitución Política y de la Sentencia C-699 de 2013

En primer lugar, tenemos que los argumentos de inconformidad presentados en contra de la sentencia de primera instancia, coinciden en señalar que, no puede admitirse que sean los partidos que se declaren en oposición, aun cuando estos no sean minoría, los que tengan el derecho a acceder a la primera vicepresidencia de la mesa directiva de las corporaciones municipales.

Frente a lo anterior, es evidente que los argumentos de inconformidad antes descritos están llamados al fracaso, en la medida que denotan una interpretación errada del artículo 112 superior y, en tal sentido, de la jurisprudencia Constitucional que rige la materia y que fue analizada en líneas anteriores.

³⁸ Se resalta que la supuesta falta de prueba para que la solicitud de nulidad fuese acogida, corresponde a un argumento expuesto de forma exclusiva por el Agente del Ministerio Público en el Concepto rendido en segunda instancia y que no fue materia de debate en lo corrido del litigio ni expuesto en los recursos de apelación incoados

En efecto, se reitera que no es posible señalar actualmente que las nociones de 'minorías políticas' y 'partidos políticos que se declaren en oposición' resulten equivalentes o sinónimas a la luz de la norma Constitucional que sirve de base a la impugnación, pues se reitera que ya se ha definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concretamente a partir de la Sentencia C- 122 del 1 de marzo de 2011 y en tal sentido por la jurisprudencia de esta sala electoral³⁹, que las prerrogativas dadas por la Constitución y la ley para las minorías políticas y para la oposición, deben entenderse considerando que al interior del artículo 112 Superior se regulan dos materias diferentes.

En este sentido, se recuerda además que los argumentos de inconformidad basados en decisiones del Consejo de Estado anteriores a la sentencia de la Corte Constitucional sobre la interpretación del artículo 112 superior y según las cuales, se hubiera podido inferir cualquier identidad entre el concepto de minoría y oposición, hoy decaen plenamente pues no solo fueron refutadas por el intérprete de la Constitución, sino que fueron recogidas directamente por esta Corporación en sentencia del 30 de junio de 2011⁴⁰, en la que se dejó claro que cualquier panorama que pretendiera asimilar los dos conceptos quedaba descartado a partir de la sentencia C- 122 del 1 de marzo de 2011.

De igual manera, deviene infundado el argumento de apelación según el cual, supuestamente, por disposición directa del inciso segundo del artículo 112 Constitucional, no es válida la aplicación del artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, al corresponder a una ley ordinaria y no estatutaria, habida cuenta que dicha inconformidad pasa por alto que el artículo en comento fue demandado y, ante tal inconformidad, la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2013, declaró la exequibilidad⁴¹ dejando claro que *“a la luz de los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para identificar una norma cuyo contenido es propio de ley estatutaria, el Congreso de la Republica no viola la reserva de la ley estatutaria (Arts. 152, CP), al establecer mediante ley ordinaria el derecho de los partidos que se declaren en oposición al Alcalde Municipal, a participar en la primera vicepresidencia del Concejo Municipal (Art. 22, Ley 1551)”*

En virtud de lo anterior, no sobra señalar que las interpretaciones expuestas, se generaron ***“en el contexto de un control abstracto de constitucionalidad de manera que lo resuelto tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, es decir, para todos los operadores jurídicos, incluso para esta Corporación”***⁴², situación que de plano descarta las inconformidades de los apelantes dado que ya fueron

³⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta Sentencia del 30 de junio de 2011. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00108-00

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 30 de junio de 2011 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación Número: 11001-03-28-000-2010-00108-00

⁴¹ El demandante consideró que el legislador no podía por medio de una ley ordinaria establecer cuál es la participación a la que tienen derecho las minorías en las Mesas Directivas de las Corporaciones Públicas, porque, de acuerdo con el artículo 112 constitucional, tales reglas deben fijarse en una ley estatutaria no ordinaria.

⁴² Consejo de Estado. Sección Quinta Sentencia del 30 de junio de 2011. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00108-00

resueltas por la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias C- 122 de 2011 y C- 699 de 2013, respectivamente.

Por tanto, es evidente que cuando el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012 refiere a que *“El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo”*, su implementación al tenor literal refiere a una materia independiente del concepto de minorías que, por ende, determina la participación de los partidos que se declaren en oposición al alcalde, en un lugar específico de la mesa directiva del concejo municipal.

Nótese además, que no es cierto que exista una aplicación independiente y autónoma de la ley, frente a la Constitución pues, por el contrario, en interpretación sistemática y armónica tanto el artículo 112 Superior como el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, se crea un equilibrio participativo en el que para el caso de la mesa directiva de los concejos municipales, compuesta de un presidente, un primer y un segundo vicepresidente, se prevé la asignación de la primera vicepresidencia para la oposición, garantizando la participación de minorías, así como de las agrupaciones políticas diferentes a estas calificaciones, en la mesa directiva y en cualquiera de los dos puestos restantes.

Así las cosas, el ámbito de aplicación de las normas arriba citadas, realmente llevan es a la necesidad de garantizar la participación en las mesas directivas de los concejos municipales tanto de las minorías como de partidos políticos que se declaren en oposición al alcalde, ello con el fin de fortalecer la representatividad de las colectividades y el pluralismo político.

En consecuencia, al ser el Partido Cambio Radical la agrupación política que se encontraba al momento de la elección de la mesa directiva, formalmente en oposición al alcalde, le correspondía al Concejo Municipal de Pasto garantizar a dicha colectividad su participación en la primera vicepresidencia de la duma municipal conforme lo señala el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012. Lo anterior, sin desconocer los derechos de las minorías conforme lo preceptúa el artículo 112 Superior, esto es, garantizándoles participar en cualquiera de los dos puestos restantes, diferentes de la primera vicepresidencia.

Por tanto, es evidente que se desconoció el artículo 28 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012, aun cuando la elección fue sometida a votación en el concejo a fin de que se optara entre un representante del partido que se declaró en oposición y un representante de un partido político minoritario, pues no es admisible interpretar la participación en la mesa directiva del concejo, asignada por la ley a la oposición, como la simple posibilidad de postularse a la primera vicepresidencia, sino el derecho a ocupar, cuando menos dicho puesto.

Bajo tal marco, resulta innegable que no se garantizó la participación del partido que se había declarado en oposición al alcalde, entendida en el presente caso, como el derecho a ocupar la primera vicepresidencia a la que se postuló y, por

ende, se fuerza a colegir que se debía declarar la nulidad del acta No. 211 del 11 de noviembre de 2016, tal como fuera resuelto en la sentencia de primera instancia que ahora se analiza.

Por otra parte, no sobra señalar que si bien la sentencia de primera instancia atinó al declarar la nulidad del acto demandado, no puede pasarse por alto que el a-quo erró al considerar que *“el partido de oposición al gobierno tendrá participación en la Primera Vicepresidencia de la mesa directiva del Concejo, siempre y cuando sea, a su vez, sea minoría”*⁴³.

Lo anterior por cuanto como se señaló en precedencia, los partidos declarados en oposición al alcalde, tienen derecho a participar en la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales, sin que sea admisible exigirles requisitos diferentes a los contemplados por la ley, máxime cuando no consultaría el principio de progresividad democrática el hecho de someter a los partidos de oposición a ser parte de una minoría, dado que con ello se estaría retornando a nociones ya superadas que les limitaba su reconocimiento y ejercicio de garantías de participación.

Se debe ser enfático, en que no es posible admitir que si el o los partidos políticos declarados en oposición quisieran optar por la primera vicepresidencia en la mesa directiva de un concejo municipal, en virtud de la ley que les garantiza dicho puesto, deban obligatoriamente mutar a una minoría para que se les garantice su participación, pues una interpretación así, a todas luces resultaría lesiva para los intereses de las colectividades políticas opositoras al gobierno local.

De esta manera, se reitera que no es cierto que al momento de aplicar la norma en comento⁴⁴, se deba entender que *“El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo”*, siempre que sean minoría, pues la norma conforme a su tenor literal, no somete a la oposición bajo ninguna circunstancia a pertenecer a una minoría.

Conforme con todo lo anterior, considera la Sala que no existe mérito para revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que con ella el a-quo no desconoció lo normado en el artículo 112 de la Constitución Política ni de la jurisprudencia Constitucional ni de la Sala Electoral, que rigen actualmente la materia.

3.3.2 Del posible prejuzgamiento del a-quo al acoger la interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 15 de junio de 2017.

En segundo lugar, los apelantes adujeron que frente a la argumentación del fallo de primera instancia, no es válido que se acogieran los términos del auto del 15 de junio de 2017 por medio del cual se decretó en segunda instancia la medida cautelar de suspensión provisional, por cuanto ello se constituye en prejuzgamiento, dado que tal decisión no debió ser atendida de forma obligatoria

⁴³ Folio 226 del cuaderno No. 2.

⁴⁴ Esto es, el artículo 22 de la Ley 1551 de 2012

para resolver de fondo el asunto que se debate, máxime cuando según los recurrentes, tal providencia se aleja del sentido de la jurisprudencia Constitucional y decisiones adoptadas en casos anteriores por el Consejo de Estado.

Al respecto, lo primero que debemos señalar es que el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar “*en providencia motivada*” las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como lo es para este caso la suspensión provisional del acto, advirtiendo de manera específica que “*la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”.

Aunado a lo anterior, de conformidad con los artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011 respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral se ha colegido que (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda⁴⁵.

De esta manera, desde el principio del proceso se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar y, de igual manera, se impone al juez de lo contencioso administrativo el deber de efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por éste y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso para decidir lo pertinente.

Ahora bien, no cabe duda que la apreciación jurídica resultado del deber de análisis y estudio del juzgador, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó, situación que de plano descarta la posibilidad que una providencia que acceda a la suspensión provisional de un acto, constituya a su vez limitante o parámetro indefectible para la decisión definitiva.

De igual manera, es claro que no puede alegarse la existencia de prejuzgamiento cuando las pruebas y argumentos recogidos durante el trámite del proceso, no persuaden el convencimiento del juzgador y por ende, no varían la conclusión que, por ejemplo, en principio dio lugar a la suspensión del acto demandado y luego mediante la decisión definitiva, da lugar a su declaratoria de nulidad.

⁴⁵ Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, C.P. Rocío Araujo Oñate, auto de 30 de junio de 2016 Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016 Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016 Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 C.P. Rocío Araujo Oñate.

A lo anterior, se suma el hecho que, sin importar la coincidencia que exista con los fundamentos de la sentencia respectiva, *“ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales...”*⁴⁶,

Aclarado lo anterior, tenemos que en el presente caso, la decisión de primera instancia, se surtió una vez evacuada las etapas procesales pertinentes, con audiencia de las partes y conforme con el análisis en derecho que se estimó adecuado respecto de las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con los derechos que asisten a las minorías y a los partidos declarados en oposición al acalde al momento de conformar las mesas directivas de los concejos municipales.

Por tanto, dicha situación no permite colegir que la actuación del tribunal, constituya prejuzgamiento, sino la conformación legítima de una tesis que si bien se vio reflejada de manera preliminar en el auto que decretó la suspensión provisional, ante la ausencia de pruebas y argumentos que varíen el estudio y análisis inicial, también se vio reflejado y consolidado en la sentencia de primera instancia, sin que pueda acusarse de prejuzgamiento alguno.

Así las cosas, no se puede alegar que el coincidir la sentencia con el análisis efectuado por el Consejo de Estado en auto del 15 de junio de 2017, constituya prejuzgamiento, toda vez que, aceptar una tesis como la expuesta por los recurrentes, obligaría a que tal situación sea predicada en todos aquellos casos en los que no obren argumentos ni pruebas que modifiquen el convencimiento inicial, que dio lugar al decreto de medidas cautelares.

En consecuencia, es evidente que el hecho que la sentencia de primera instancia, coincida con lo dispuesto preliminarmente por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 15 de junio de 2017, no puede considerarse como prejuzgamiento alguno, máxime cuando quedó plenamente demostrado que la nulidad del acto atiende la clara transgresión de una disposición legal que fue declarada exequible por el juez constitucional.

Conforme con todo lo anterior, ha quedado claro que los argumentos de las apelaciones presentadas y que fueron recogidas por el concepto del ministerio público, no pueden prosperar y, por ende, debe confirmarse de la sentencia censurada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P: Jaime Araujo Rentería

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida el 31 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Nariño por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO.- ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado