

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Facultad en cabeza del juez para decretarla / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – No implica prejuzgamiento

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si con la expedición del auto del 2 de noviembre de 2017, que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo, el a-quo determinó erróneamente la procedencia de la medida cautelar impugnada (...) Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...) Se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral 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 demanda (...) De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez en la correspondiente admisión de la demanda (...) Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229

CORPORACIÓN PÚBLICA DE ELECCIÓN POPULAR – Decisiones se toman por mayoría de votos de los asistentes / ELECCIÓN CONTRALORA DEPARTAMENTAL

Del tenor literal de la norma superior se tiene que las decisiones adoptadas por las corporaciones públicas de elección popular, salvo norma constitucional en contrario, se toman por la mayoría de los votos de los asistentes, es decir por mayoría simple (...) Siendo así las cosas, en el presente caso no se genera un problema de aplicación de normas en el tiempo, se trata de verificar si la duma departamental, al momento de la elección de la Contralora General de Putumayo, cumplió o no con lo preceptuado en el artículo 146 de la Constitución Política (...) Quiere decir lo anterior, que la norma constitucional previó una mayoría para la toma de decisiones, la cual es la mayoría de los votos de los asistentes, lo que se traduce en la mitad más uno de los diputados que participaron en la sesión plenaria, sumatoria que no se cumple en el presente caso, por cuanto 3 votos nunca se constituirán en la mayoría de 11 sufragios posibles (...) Por otra parte, respecto de la efectividad del voto en blanco al interior de la Asamblea Departamental de Putumayo, se tiene que si bien a esta instancia no se logró probar las consecuencias del mismo dentro del presente proceso electoral, también es cierto que dicha efectividad no modifica la razón de la decisión cautelar, dado que se mantiene el resultado, esto es, que de 11 diputados tan solo 3 votaron por la demandada (...) Siendo así las cosas y teniendo en cuenta el acervo probatorio hasta ahora allegado al proceso, se tiene que se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y por ende se mantendrá la medida cautelar decretada por el a-quo dado que esta instancia pudo constatar el desconocimiento del artículo 146 superior que contempla la mayoría requerida para la validez del acto de elección cuestionado (...) Lo discurrido por la Sala permite colegir que no procede la revocatoria de la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio

allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, no se demostró mérito para ello.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2017-00641-01

Actor: VILMA ZAPATA ORTIZ

Demandado: KATYA JACQUELINE CASTRO ENRÍQUEZ, CONTRALORA DEPARTAMENTAL DE PUTUMAYO

ASUNTO: Nulidad electoral – apelación auto que decretó la suspensión provisional. Confirma decisión de primera instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la demandada y la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, contra el auto del 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, decretó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Vilma Zapata Ortiz a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011¹, en la cual solicitó la suspensión provisional y consecuente declaratoria de nulidad del acto de elección de la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo.

1.1 Hechos

1.1.1 Adujo que el 5 de octubre de 2017 la Asamblea Departamental de Putumayo, en sesión de esa misma fecha eligió a la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo.

¹ Folios 1 a 44 del cuaderno No. 1

1.1.2 Mencionó que el 16 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del acto elección del señor Jorge Ovidio Pérez Villabona como Contralor Departamental de Putumayo. Esta decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 10 de noviembre de 2016 dentro del radicado No. 52001-23-33-000-2016-00197-01.

1.1.3 Sostuvo que como consecuencia de lo anterior, la diputada Yuri Quintero presentó la proposición No. 003 del 1º de marzo de 2017, por medio de la cual se orientó el cumplimiento del fallo anulatorio y a su vez se le concedió facultades *pro tempore* a la mesa directiva de la Asamblea Departamental.

1.1.4 El 2 de marzo de 2017 se aprobó por parte de la Asamblea, la proposición No. 003, la cual en su parte resolutive señaló:

“Artículo Primero: *Facultar a la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Putumayo, para que adelante la convocatoria pública abierta para la elección del Contralor (a) General del Departamento de Putumayo por el resto del periodo institucional 2016-2019, de acuerdo con el mandato legal impuesto a través de la ley 42 de 1993 y los parámetros fijados en consignados (sic) en el acto Legislativo 02 de 2015 y los conceptos de la Sala de Consulta y Servicios Civil del Honorable Consejo de Estado,...*

Artículo segundo: *De conformidad con lo anterior, dar cumplimiento a la sentencia dictada por el Consejo de Estado bajo el radicado No. 52000-23-33-000-2016-00197-01, ..., a través de la cual se establece la obligación para esta Corporación de expedir una nueva convocatoria para el procedimiento para la elección del contralor de esa entidad territorial.*

Artículo Tercero: *La Mesa Directiva socializará informes periódicamente en plenaria de todos los procedimientos adelantados. Además se hará responsable de las omisiones y en (sic) extralimitación es (sic) en que incurra en el cumplimiento de las facultades otorgadas.”*

1.1.5 Indicó que el 9 de marzo de 2017, a solicitud de varios diputados se presentó la proposición No. 007 en la que se aprobó: i) revocar la proposición No. 003 del 2 de marzo de 2017, ii) revocar la convocatoria pública realizada por la mesa directiva y, iii) que la Asamblea Departamental conforme una comisión accidental para que apoye el proceso de selección.

1.1.6 Ilustró que una vez conformada la comisión accidental, el 13 de marzo de 2017, la Presidenta de la Asamblea de Putumayo expidió la Resolución No. 11 mediante la cual revocó de manera directa la proposición No. 003 de la plenaria de la duma departamental.

1.1.7 Señaló que el 21 de abril de 2017, la comisión accidental conformada para la selección del nuevo contralor departamental, presentó ante la asamblea el cronograma con las etapas que debía seguirse para el adelantamiento del

nuevo proceso electoral. Dicha proposición fue aprobada en sesión plenaria del 24 de abril de 2017.

1.1.8 Conforme con los anteriores antecedentes, el 24 de abril de 2017, se expidió la Resolución No. 14 de 2017, *“Por medio de la cual se hace una convocatoria pública para el proceso de selección y elección del Contralor Departamental del Putumayo, para lo que resta del período 2016-2019”*. El mencionado acto administrativo fue firmado por la Primera y Segunda Vicepresidencia de la Asamblea dado que la Presidenta se abstuvo de suscribirla por no estar de acuerdo con ella.

1.1.9 Relató la accionante que el 27 de abril de 2017, la presidenta de la asamblea departamental, expidió la Resolución No. 016, *“Por medio de la cual se cumple un fallo judicial y se apertura la convocatoria pública abierta para el proceso de selección y elección del Contralor Departamental de Putumayo, por el resto del período institucional 2016-2019”*, en contra de lo decidido por la plenaria.

1.1.10 Informó que la presidenta de la asamblea departamental participó en la estructuración del estudio de necesidad y demás etapas previas a la celebración del contrato, documento éste en el que se plasmó que la plenaria de la duma departamental autorizó a la mesa directiva para suscribir la convocatoria pública y, que ésta en uso de las facultades conferidas por el numeral 5 del artículo 47 de la Ordenanza 600 del 21 de octubre de 2010, seleccionó a la Corporación Universitaria Autónoma de Nariño para que realizara el acompañamiento técnico en la etapa de reclutamiento y pruebas de conocimiento dentro del proceso de selección.

1.1.11 El ente universitario el 7 de junio de 2017, publicó la Resolución No. 02, en la cual se establecieron los criterios de evaluación de las pruebas a realizarse a los aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Putumayo, documento que fuera publicado en la página web de la Gobernación y en la de la universidad.

1.1.12 La parte actora manifestó que en la Resolución No. 02 de 2017, la Universidad Autónoma de Nariño, modificó entre otros aspectos sustanciales, el puntaje establecido en la Resolución No. 16 del 27 de abril de 2017 respecto de la valoración de la experiencia.

1.1.13 Luego de narrar múltiples vicisitudes ocurridas al interior de la asamblea en el marco del proceso eleccionario, la accionante sostuvo que la presidente de la duma departamental en sesión plenaria del 5 de octubre de 2017 adujo que: *“Será elegido contralor departamental a (sic) aquel que obtuvieron (sic) la mayor votación siempre y cuando en el recinto se cuente con el quórum reglamentario para poder decidir”*. Finalizado el proceso de votación, se tuvo que de 11 electores, 3 votaron por la ahora demandada y 8 en blanco.

1.1.14 Conforme con la anterior votación, la presidenta de la Asamblea Departamental del Putumayo y no la plenaria, declaró electa a la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

La accionante en su escrito de demanda, señaló los siguientes preceptos normativos como desconocidos con la expedición del acto de elección demandado, los mismos que le sirvieron para sustentar su solicitud de medida cautelar, así:

1.2.1 Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011:

1.2.1.1 Infracción de las normas en que debía fundarse: Este cargo lo sustentó en el desconocimiento del artículo 2 de la Ordenanza No. 600 de 2010 modificado por el artículo 2 de la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017, que estableció que para la elección de contralores se requiere la mayoría absoluta de los miembros que integran la Asamblea Departamental. La norma desconocida contempla:

“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. La fecha de elección del Contralor General del Departamento se fijará desde la convocatoria pública y se llevará a cabo en el recinto de la Asamblea Departamental del Putumayo, en sesión plenaria y mediante votación secreta por parte de los Diputados.

El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por mayoría absoluta del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante la corporación.”
(Negrillas propias).

Sostuvo que conforme el artículo 25 de la Ordenanza No. 600 de 2010, la mayoría absoluta de los miembros debe entenderse como “*la mitad más uno de los integrantes de la Asamblea*”, y, en el artículo 13 ídem, se establece que la Asamblea Departamental de Putumayo se encuentra integrada por 11 miembros.

Indicó que la presidente de la corporación basó su decisión de declarar la elección basada en el texto derogado del artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010, que contemplaba que el contralor sería elegido con el mayor número de votos obtenido siempre y cuando hubiese el quórum necesario, normativa que no rigió el acto electoral dado que fue modificado previo a la declaratoria de la elección.

1.2.1.2 Modificación de las reglas de participación de la convocatoria: Al respecto señaló que el ente universitario modificó las reglas de la selección de candidatos con posterioridad a la finalización del período de cierre de recepción de hojas de vida y habiendo incluso realizado la verificación de los requisitos exigidos.

Las modificaciones recayeron sobre: i) el carácter escrito de la prueba de conocimiento, ii) la eliminación de la prueba de competencias laborales de acuerdo a lo previsto en el manual de funciones de la Contraloría

Departamental de Putumayo, iii) la variación de puntajes para la valoración de los estudios y experiencia, el número de títulos adicionales de pregrado y postgrado en áreas a fines al cargo, y la naturaleza de estos, iv) la eliminación de puntajes por demostrar “al menos 4 años de experiencia relacionada al cargo” y “5 años o más de experiencia relacionada al cargo” y, v) la modificación y adición de las condiciones de la entrevista.

1.2.1.3 Expedición sin competencia: Al respecto mencionó que la Resolución No. 016 del 27 de abril de 2017 es ilegal por haberse expedido sin competencia dado que el acto administrativo en su parte motiva señaló que se acogía a las reglas de la elección de personeros, esto es, la Ley 1551 de 2012, por ende, conforme a los artículos 277 y 126 de la Constitución Política, correspondía a la Asamblea Departamental del Putumayo en pleno la elaboración de la convocatoria y no a la mesa directiva.

Sostuvo que la falta de competencia radica en que si bien el artículo 2º del Decreto 2485 de 2014, establece que: “*La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación*”, ello a lo que se refiere es que la expedición de la convocatoria pública debe ser decidida por el pleno de sus miembros de acuerdo al mecanismos democráticos establecidos para el efecto, y hecho esto, la convocatoria deberá ser suscrita por la Mesa Directiva.

2. Actuaciones procesales relevantes

2.1 Admisión de la demanda y decisión de la medida cautelar

El 22 de noviembre de 2017², la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, admitió la demanda y decretó la medida cautelar³ de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Para sustentar su decisión, el a-quo señaló que la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017 es modificatoria de los artículos 48 y 49 de la Ordenanza No. 600 del 21 de octubre de 2010, por medio de la cual, a su vez, se modificó la Ordenanza No. 562 del 20 de noviembre de 2008 que corresponde al reglamento interno de la Asamblea Departamental del Putumayo.

Con dicha reforma, se estableció: “... *El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por **mayoría absoluta** del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante esta Corporación*”.

Luego de lo anterior, adujo que el artículo 2º de la mencionada ordenanza prevé como principio rector que las normas allí contenidas deberán interpretarse con respeto a la regla de mayorías, según la cual, el reglamento debe aplicarse en forma tal que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión y consulte, en todo momento, la justicia y el bien común.

² Folios 50 a 58 vuelto del cuaderno No. 1

³ De las copias remitidas del expediente no se observa auto que ordene el traslado previo de la solicitud de medida cautelar.

Por otra parte, el artículo 13 del reglamento estableció que dicha corporación estaría integrada por 11 miembros; a su turno el artículo 25 ídem previó el número mínimo de diputados que se requiere para deliberar y decidir. Es así como, el cuórum decisorio se compone de la mitad más uno de los diputados integrantes de la asamblea.

Igualmente indicó que el Decreto 1222 del 18 de abril de 1986, “*Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*”, establece en su artículo 31 lo siguiente: “*En el Congreso pleno, en las cámaras y en las comisiones permanentes de éstas, las decisiones se tomarán por la mitad más uno de los votos de los asistentes, a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.*”

Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las asambleas departamentales,...”

Tal normativa encuentra pleno respaldo en los artículos 146 y 148 de la Constitución Política que señalan:

“Artículo 146. En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial

Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.”.

Con base en las normas transcritas decidió decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado al considerar que el mismo se encuentra en contraposición de la Constitución Política y la ley al declararse electa como Contralora Departamental de Putumayo a la demandada, con tan solo 3 de los 11 votos posibles, dado que la asistencia a la sesión fue de la totalidad de los miembros de la duma departamental.

2.2 Solicitud de aclaración y adición del auto de suspensión provisional

En escrito de 28 de noviembre de 2017⁴, el apoderado judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, solicitó se aclare y adicione el numeral 6 del auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional al considerar que no existía certeza de a quien le correspondía hacer la publicación del aviso y si éste debía hacerse en caso de no lograrse la notificación personal de la demandada.

2.3. Recursos de apelación

El apoderado judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, el 28 de noviembre de 2017⁵, presentó recurso de apelación en el que

⁴ Folios 101 a 103 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 104 a 113 del cuaderno No. 1.

sustentó su inconformidad contra el auto que decretó la medida cautelar de la siguiente manera:

1. Cargo de falta de competencia: adujo que de conformidad con el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, el acto de convocatoria pública no puede ser objeto del medio de control de nulidad electoral.

Aunado a lo anterior, estableció que dicho cargo no resultaba suficiente para decretar la medida cautelar por cuanto, al ser el acto enjuiciado un acto de carácter particular debía demostrarse que sus efectos resultaban nocivos y afectaban en materia grave el orden público, político, económico, social y ecológico.

Adicionalmente indicó que el actor no encuadró el cargo de falta de competencia, en alguna de las causales de anulación establecida en el artículo 275 ídem.

2. Procedencia de la medida cautelar: al respecto señaló que la medida cautelar no era procedente, toda vez que la Ordenanza No. 600 del 21 de octubre de 2010, se encontraba vigente al momento de la elección de la contralora, no así la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017, la cual fue expedida en momento posterior al inicio del procedimiento de convocatoria, siendo que sus efectos son ultractivos, lo que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a éstos.

Al no tener en cuenta la ultractividad de la Ordenanza No. 600 de 2010, el a quo incurrió en:

A. Defecto fáctico: Dado que la reglamentación de la convocatoria estaba dada por la Ordenanza No. 600 de 2010, por ende al pretender que la misma se rija por la nueva normativa se presenta el defecto alegado, ello por cuanto el procedimiento debía culminar con la norma que rigió su inicio.

Por otra parte, señaló que para la duma departamental según su propio reglamento, el voto en blanco no genera ningún efecto.

B. Defecto sustantivo: el auto objeto del recurso de alzada contraría la normativa aplicable, toda vez que decretó la medida cautelar partiendo de la existencia de una nueva ordenanza que no tiene efectos retroactivos, de tal forma que la suspensión provisional se dirige al cumplimiento de una norma que no rige el proceso electoral.

El 19 de diciembre de 2017⁶, el apoderado judicial de la demandada presentó recurso de apelación contra la medida cautelar al considerar que: i) la Ordenanza No. 600 de 2010 se encontraba vigente para la fecha en la que se inició el proceso de selección, razón por la cual la convocatoria y ésta eran las únicas reglas a seguir en el marco de la elección del Contralor Departamental de Putumayo, ii) no se cumplen los requisitos para el decreto de la medida en tanto

⁶ Folios 930 a 934 vuelto del cuaderno No. 4.

no existe una sustentación específica y propia de su procedencia dado que no se logró demostrar la infracción de la norma superior en que debía fundarse, iii) El voto en blanco no tiene efectos por ende quien resultó electa lo fue gracias a que tenía la mayor cantidad de votos válidos y, iv) que la discusión en que se fundamentó la medida cautelar debe debatirse en la sentencia y no en esta precaria instancia del proceso.

2.3 Auto que niega aclaración y adición y decide otras peticiones

El 7 de diciembre de 2017⁷, el a-quo decidió entre otras, negar la solicitud de adición del auto por medio del cual decretó la suspensión provisional y se abstuvo de dar trámite al recurso de apelación, al no encontrar demostrado en debida forma el otorgamiento de poder por parte de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo.

Ante dicha decisión, el apoderado judicial de la duma departamental, el 13 de diciembre de 2017⁸, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de queja.

En autos del 12⁹ y 23¹⁰ de enero de 2018, el a-quo decidió conceder los recursos de apelación presentados por la apoderada judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo y la demandada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 150, 152.8 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, le corresponde a esta Sección decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada mediante auto del 22 de noviembre de 2017 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño decretó la suspensión provisional del acto de elección acusado.

2. Oportunidad de los recursos

De conformidad con el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, contra el auto que decreta la suspensión provisional solo procede en los procesos de primera instancia el recurso de apelación.

En el caso objeto de estudio, el auto que decretó la suspensión provisional es del 22 de noviembre de 2017 y el auto que decidió las diferentes peticiones de aclaración, recursos e intervenciones sobre el fue notificado a las partes el 15 de enero de 2018¹¹, por ende al haberse presentado los recursos de apelación en los días 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2017, se tiene que fueron interpuestos de manera oportuna.

⁷ Folios 790 a 793 del cuaderno No. 3.

⁸ Folios 797 a 801 del cuaderno No. 3.

⁹ Folios 987 a 992 vuelto del cuaderno No. 4.

¹⁰ Folios 1028 a 1030 del cuaderno No. 4.

¹¹ Folios 993 a 994 vuelto del cuaderno No. 4.

3. Problema jurídico

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si con la expedición del auto del 2 de noviembre de 2017, que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo, el a-quo determinó erróneamente la procedencia de la medida cautelar impugnada.

Por cuestiones de orden metodológico se analizará: i) la figura de la medida cautelar en los procesos electorales y, ii) el caso en concreto.

4. La medida cautelar en el proceso electoral

Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“(...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”.¹² Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero. En ese caso, al estudiar algunas normas relativas a medidas cautelares en el proceso civil, la Corte dijo: “La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). [...] Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”.

*morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva (...)*¹³

Dentro de tales medidas, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011¹⁴. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutivo¹⁵.

Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

“Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación...”

A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral 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 demanda.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

¹⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

¹⁵ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez en la correspondiente admisión de la demanda.

Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

5. Caso en concreto

Manifiestan los apoderados judiciales de la Presidenta de la Asamblea Departamental y la demandada que se debe revocar el auto del 22 de noviembre de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual decretó la suspensión provisional del acto de elección de la Contralora Departamental de Putumayo. Para resolver los argumentos planteados, se analizarán cada uno de ellos en el siguiente orden:

5.1 Inexistencia de falta de competencia en la expedición del acto de convocatoria

Adujo la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo que la falta de competencia respecto a la expedición de la convocatoria no era razón suficiente para que el a-quo decretara la medida cautelar, esto en razón a que el acto de elección al ser un acto administrativo de carácter particular debía demostrarse que los efectos del mismo eran nocivos y afectaban de manera grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

Al respecto, se tiene que el auto impugnado, tuvo como sustento única y exclusivamente la presunta violación al régimen de mayorías al interior de la duma departamental en el proceso electoral cuestionado, prueba de ello es que en el mismo texto de la providencia se estableció:

“De otro lado, siendo que el primer argumento que sustenta la pretensión cautelar [el número de votos obtenidos por quien se eligió (3) ni siquiera permite entrar a efectuar consideración alguna entorno a la efectiva validez del voto en blanco,.. Lo anterior supone una flagrante violación de las normas de orden legal y constitucional...] resulta suficiente para decretarla, el Tribunal se abstendrá de hacer consideración alguna en torno de los demás cargos expuesto (sic) por la demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, de llegar a considerarlos, el Tribunal deberá advertir que no existen elementos de juicio y probatorios que permitan evidenciar las irregularidades que el actor refiere respecto del trámite de la convocatoria”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto del cargo que la parte demandada tituló *“Falta de competencia –Expedición de la*

convocatoria pública-”, por cuanto el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012¹⁶, contempla que el fin que persigue el recurso de apelación es: “[Q]ue el superior examine **la cuestión decidida**, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

Quiere decir, que el recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada.

Por manera que, no es posible que el recurrente intente traer al momento de la impugnación, elementos o mejor argumentos que no fueron objeto de análisis por parte de la primera instancia, dado que exceden los fines del recurso de apelación¹⁷.

Es por ello que, al no encontrarse dentro de las decisiones de primera instancia lo correspondiente a la falta de competencia de la duma departamental para expedir el acto de convocatoria, esta instancia se abstendrá de pronunciarse sobre dicho argumento de apelación al no haber sido un asunto que sustente la medida cautelar de suspensión provisional contenida en el auto del 22 de noviembre de 2017.

5.2 Violación al régimen de mayorías –Desconocimiento de la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017–

Frente a este cargo, los apelantes aducen un conflicto de aplicación de las normas en el tiempo, toda vez que alegaron que en el proceso de selección del Contralor Departamental de Putumayo –período 2016-2019-, la regla de mayorías aplicable era la contenida en el artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010 y no la modificación que de ella se hiciera por la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017. El contenido normativo de cada precepto es el siguiente:

Mayorías para la elección del Contralor General del Departamento de Putumayo	
Ordenanza No. 600 de 2010	Ordenanza No. 752 de 2017
“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../ <i>Será elegido contralor Departamental, aquel que obtuviere la mayor votación, siempre y cuando en el recinto se cuente con el quórum reglamentario para poder decidir. Posteriormente tomará posesión del cargo ante esta corporación.”</i>	“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../ <i>El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por mayoría absoluta del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante la corporación.”</i>

Posterior a ello, alegó la parte pasiva, que al ser aplicable el precepto normativo consagrado en el artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010, se podía declarar electa como Contralora General del Departamento de Putumayo a la señora

¹⁶ Integración normativa que se hace en virtud de lo consagrado en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 15 de febrero de 2018, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 25000-23-41-000-2017-01459-01.

Katya Jacqueline Castro Enríquez, con 3 votos de los 11 miembros asistentes a la sesión del 5 de octubre de 2017, dado que fue la opción más votada.

Para resolver el presente argumento de apelación, es necesario recordar que la Constitución Política en su artículo 148¹⁸ dispuso que lo concerniente al cuórum y las mayorías previstas para el Congreso de la República, rige también para los concejos municipales y las asambleas departamentales en ejercicio de su función electoral, por manera que, las reglas que las corporaciones públicas de elección popular deben tener en cuenta para determinar los votos necesarios para tomar una decisión, son las establecidas en la Constitución para el máximo órgano legislativo en su artículo 146, que a la letra reza:

“ARTICULO 146. *En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.”*

Del tenor literal de la norma superior se tiene que las decisiones adoptadas por las corporaciones públicas de elección popular, salvo norma constitucional en contrario, se toman por la mayoría de los votos de los asistentes, es decir por mayoría simple.

Siendo así las cosas, en el presente caso no se genera un problema de aplicación de normas en el tiempo, se trata de verificar si la duma departamental, al momento de la elección de la Contralora General de Putumayo, cumplió o no con lo preceptuado en el artículo 146 de la Constitución Política¹⁹.

En este caso en concreto se tiene que la votación de la Contralora Departamental de Putumayo fue la siguiente:

- 3 votos por la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez (demandada).
- 8 votos en blanco.
- Total asistentes: 11 Diputados.

Es decir, para la parte pasiva, la Contralora Departamental de Putumayo resultó electa con 3 votos, dado que éstos se constituían en la mayoría de votos válidos.

¹⁸ Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias **regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.**

¹⁹ Teniendo en cuenta que la Constitución Política se constituye como la norma principal, corresponde a los jueces velar por su cabal cumplimiento, en razón de ello y al haberse regulado la materia objeto de debate por la norma superior, corresponde darle aplicación. Al respecto ver sentencia Corte Constitucional, Sentencia C-415 del 6 de junio de 2012, M.P: Mauricio González Cuervo: *“La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos - Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4”.*

Al respecto, oportuno es señalar, que la Sala Electoral del Consejo de Estado²⁰, ante un caso similar al que ahora se estudia, analizó el alcance de la mayoría contemplada en el artículo 146 de la Constitución Política, estableciendo que:

Conclusiones respecto al alcance del artículo 146 Superior

Todo lo expuesto permite a la Sala concluir que:

5.4.1 Como la Constitución no estableció una regla de mayorías exclusiva para la elección de los contralores, por disposición del artículo 148 ibídem, se debe aplicar la regla general que contempla el artículo 146 Superior.

5.4.2 Que el referido artículo superior contiene una regla de mayoría simple y que aquella **hace referencia a que la elección obtenga el voto afirmativo de la mayoría de los votos de los asistentes a la respectiva sesión.**

*Por tratarse de mayoría decisoria, se requiere, entonces, **del voto afirmativo de la mitad más uno** de los asistentes a la respectiva reunión frente a una misma opción o nombre.*

5.4.3 Que en consecuencia, la Sala colige que de acuerdo a la regla de la mayoría simple, para que se entienda que ha existido elección que esté regida por esa mayoría se requiere como mínimo de la aprobación de la mayoría de los votos de los asistentes a la respectiva sesión, es decir, de la mitad más uno de los asistentes en los términos antes explicados.”

Quiere decir lo anterior, que la norma constitucional previó una mayoría para la toma de decisiones, la cual es la mayoría de los votos de los asistentes, lo que se traduce en la mitad más uno de los diputados que participaron en la sesión plenaria, sumatoria que no se cumple en el presente caso, por cuanto 3 votos nunca se constituirán en la mayoría de 11 sufragios posibles.

No se puede aceptar la existencia de defectos fáctico o sustantivo en la decisión de primera instancia que decretó la medida cautelar, dado que: i) el a-quo centro su decisión en el desconocimiento de la Ordenanza No. 752 de 2017 en concordancia con el artículo 146 superior, siendo esta última normativa la que rige la materia objeto de estudio y ii) analizó las pruebas allegadas y aceptadas por las partes y concluyó de manera acertada que de la confrontación del acto acusado, con las pruebas y las normas alegadas como desconocidas que efectivamente se desconoció la Constitución Política.

Por otra parte, respecto de la efectividad del voto en blanco al interior de la Asamblea Departamental de Putumayo, se tiene que si bien a esta instancia no se logró probar las consecuencias del mismo dentro del presente proceso electoral, también es cierto que dicha efectividad no modifica la razón de la

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de noviembre de 2017, C.P: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 50001-23-33-000-2017-00263-01.

decisión cautelar, dado que se mantiene el resultado, esto es, que de 11 diputados tan solo 3 votaron por la demandada.

Siendo así las cosas y teniendo en cuenta el acervo probatorio hasta ahora allegado al proceso, se tiene que se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y por ende se mantendrá la medida cautelar decretada por el a-quo dado que esta instancia pudo constatar el desconocimiento del artículo 146 superior que contempla la mayoría requerida para la validez del acto de elección cuestionado.

6. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite colegir que no procede la revocatoria de la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, no se demostró mérito para ello.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto del 22 de noviembre de 2017, conforme lo señala 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

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Sistema político democrático / SISTEMA POLÍTICO DEMOCRÁTICO – Se aplica la regla de la mayoría para designar representantes / REGLA MAYORITARIA – Validez del voto en blanco / MAYORÍA DEL VOTO EN BLANCO

En los sistemas políticos democráticos por lo general se aplica la regla de mayoría tanto para designar representantes, como para tomar decisiones al interior de los órganos colegiados, lo cual no implica, como lo señala Norberto Bobbio, que la democracia y la mayoría sean conceptos unívocos, pues solo tienen en común una parte y el gobierno de la mayoría solo puede entenderse como gobierno democrático con la condición de que la mayoría es el sujeto colectivo del poder político en contraposición con otros sujetos, tales como el monarca, los ricos, los nobles, etc. y no es posible definir un gobierno por medio de una determinada regla procesal para el ejercicio del poder (...) Así las cosas, señalar que la relativización de las reglas mayoritarias al interior de las corporaciones desquicia el sistema democrático es una falacia sin asidero, puesto que, como ya se dijo, la democracia es el “sistema de gobierno” y la regla de la mayoría es una “regla procesal”, dicho de una forma muy sencilla y simple: democracia es cuántos gobiernan y mayoría es cómo gobiernan (...) teniendo en cuenta que en el caso objeto de estudio, frente al cual aclaro mi voto (i) la irregularidad objeto de apelación radica en que la demandada fue elegida por 3 votos a favor y 8 en blanco de los 11 integrantes de la Asamblea Departamental y (ii) los apelantes aducen un conflicto de aplicación de las normas en el tiempo y que la regla de mayorías aplicable era la contenida en el artículo 49 de la ordenanza No. 600 de 2010-mayor votación- y no la modificación que de ella se hiciera por la ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017 -mayoría absoluta-, resulta claro que aplicando cualquier regla de mayoría, fue el voto en blanco el que la obtuvo y siendo este una opción constitucional para ejercer el derecho-deber del voto, como en este caso, el deber funcional de los miembros de la Duma departamental, es una opción válida y posible constitucional, legal y reglamentaria y debió otorgársele plena validez a dicha decisión en blanco de la mayoría frente a la elección de la demandada (...) Así las cosas, en el caso concreto, no hay lugar a dudas que la mayoría fue obtenida por el voto en blanco y no por la candidata elegida, por lo tanto debió otorgársele plena y total validez a dicha decisión en blanco de la mayoría frente a la elección de la demandada y por ende, se debe confirmar la suspensión provisional del acto demandado.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

De entrada advierto que comparto la decisión tomada en el presente caso. Estoy de acuerdo con confirmar la suspensión provisional de la elección de la Contralora Departamental del Putumayo, pero por razones diferentes a las esbozadas en el auto de 22 de marzo de 2018.

En los sistemas políticos democráticos por lo general se aplica la regla de mayoría tanto para designar representantes, como para tomar decisiones al interior de los órganos colegiados, lo cual no implica, como lo señala Norberto Bobbio²¹, que **la democracia y la mayoría sean conceptos unívocos**, pues solo tienen en común una parte y el gobierno de la mayoría solo puede entenderse como gobierno democrático con la condición de que la mayoría es el sujeto colectivo del poder político en contraposición con otros sujetos, tales como el monarca, los ricos, los nobles, etc. y no es posible definir un gobierno por medio de una determinada regla procesal para el ejercicio del poder, pues esta expresión indica cuantos gobiernan y no como gobiernan:

“Los sistemas políticos que se suelen denominar democráticos, o más frecuentemente de democracia occidental son sistemas en los que se aplica la regla de mayoría, tanto para la elección de aquellos a quienes se ha atribuido el poder de tomar decisiones que involucran a toda la comunidad, como para la formulación de las decisiones de los órganos colegiados supremos, sin embargo, esto no implica: a) que la regla de mayoría sea exclusiva de los sistemas democráticos, y b) que las decisiones colegiadas, en esos sistemas, se tomen exclusivamente mediante esa regla. En otras palabras, no obstante la opinión generalizada según la cual un sistema democrático se caracteriza, frente a los sistemas autocráticos, por la presencia de la regla de mayoría de tal manera que democracia y principio de mayoría son, sinónimos, y por tanto susceptibles de superponerse, no es cierto que: a) *sólo* en los sistemas democráticos se use *la* regla de mayoría, ni b) que las decisiones colegiadas *sólo* se tomen por medio de esta misma regla. De lo anterior se desprende que la democracia y la regla de mayoría, lejos de ser conceptos de igual extensión, sólo tienen en común una parte de la misma; ésta puede superponerse, ya que, por un lado, pueden existir sistemas políticos no democráticos que aplican la regla de mayoría tanto en la elección del órgano supremo de decisión como en la toma de decisiones de gran importancia, y por otro, hay determinaciones colectivas en los sistemas democráticos que no se toman siguiendo la regla de mayoría, sin que por ellos estos sistemas dejen de ser democráticos.

Esta superposición se deriva de una interpretación equivocada de la *definición* clásica y, a partir de los clásicos, habitual de democracia entendida como gobierno de la mayoría. No se debe olvidar que en la tripartición clásica de las formas de gobierno, la democracia es definida como gobierno de la mayoría en contraposición a la oligarquía y a la anarquía, lo cual significa que el poder político se encuentra en manos de «los más» o de «muchos», en oposición al poder de uno solo o de pocos. Esto no quiere decir que el poder político se ejerza en esos regímenes mediante la aplicación de la regla de mayoría. Para Aristóteles, la democracia es el gobierno de muchos, en

²¹ Bobbio. Norberto. 2009. Teoría General de la política. Madrid, España. Editorial Trotta. Tercera edición. Pg 462

cuanto es el gobierno de los pobres, que son por lo general la mayoría de la población; la oligarquía en cambio es el gobierno de pocos, ya que es el gobierno de los *ricos*, que normalmente son una minoría²². En semejante contexto, si se quiere hablar de gobierno de la mayoría como de gobierno democrático puede hacerse a condición de que quede claro que por «mayoría» se entine el sujeto colectivo del poder político, en contraposición con otros sujetos, tales como el monarca, los ricos, los nobles, etc.; en definitiva no se debe definir tal gobierno por medio de una determinada regla procesal para el ejercicio del poder. Esta expresión indica *cuántos* gobiernan y no *cómo* gobiernan²³.²⁴

Así las cosas, señalar que la relativización de las reglas mayoritarias al interior de las corporaciones desquicia el sistema democrático es una falacia sin asidero, puesto que, como ya se dijo, la democracia es el “sistema de gobierno” y la regla de la mayoría es una “regla procesal”, dicho de una forma muy sencilla y simple: democracia es **cuántos** gobiernan y mayoría es **cómo** gobiernan.

Sobre la regla de mayorías aplicable al interior de las Corporaciones, tal como como lo señala el antecedente jurisprudencial de esta Sala Electoral de 19 de septiembre de 2013²⁵, reiterado por mí en el salvamento de voto de 11 de diciembre de 2017²⁶, reafirmo que (i) de la regla general eleccionaria establecida en los artículos 146 y 148 superiores para las elecciones de corporaciones públicas de elección popular, no se desprende que la mayoría decisoria se logre con “*la mitad más uno*” de los votos, (ii) pues esta depende del “*mayor número de votos*” obtenidos por una determinada opción política, por las siguientes razones:

“1) En la sentencia de 23 de noviembre de 2017, [fundamento de esta decisión frente a la cual hoy aclaro mi voto], se señala que la decisión de 2013 confundió los conceptos de “mayoría simple” y “mayoría relativa”, a partir de la distinción que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia SU-221 de 2015, de forma que la Sección, en aquella oportunidad, flexibilizó la regla establecida en el artículo 146 de la Carta.

²² Las tres formas de gobierno son definidas *por* Aristóteles como el gobierno de uno, el de pocos y el de muchos (*Política*. 1279a). Las confusiones nacen con frecuencia de las traducciones: «muchos » se traduce por «la mayoría de los ciudadanos» en la versión de R. Laurenti (Laterna, Roma/Bari, 1995, p. 84) y por «los más» en la traducción de C.A. Viano (Utet; Torino, 1955. reimp. 1992, p. 156). Todo esto no excluye que en los gobiernos democráticos las deliberaciones se realicen por mayoría, como puede verse en la *Política* 1317b: no se excluye, pero tampoco lo implica. El término clásico significa al mismo tiempo a) número, gran número, cantidad; b) pueblo, masa popular; y c) régimen democrático; véase R. Roncali y C. Zagaria, «Lessico político, Plethos, en *Quaderni di Storia*, núm. 12, julio-diciembre de 1980, pp. 213-221.

²³ Esto ya era perfectamente claro para Aristóteles, como se aprecia en un conocido texto en que, después de hablar de la aristocracia, de la oligarquía y de la democracia, agrega: «La mayoría como regla de gobierno se encuentra en todos los tipos de constitución porque en la aristocracia, en la oligarquía y en la democracia lo que aprueba la mayoría de los que forman parte del gobierno es ratificado por la autoridad» (*Política*, 1294a). Para estas referencias históricas he utilizado las fundamentales contribuciones E. Ruffini, *Il principio maggioritario* (1927), nueva ed., Adelphi, Milano, 1976, y La ragion dei più, aontologia de ensayos escritos entre 1925 y 1927, que fueron reeditados con una nueva introducción, Il Mulino, Bologna, 1977, así como la amplia bibliografía allí citada.

²⁴ Bobbio. Norberto. 2009. Teoría General de la política. Madrid, España. Editorial Trotta. Tercera edición. Pg 462

²⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 11001-03-28-000-2012-00059-00. Demandado Juan Gregorio Eljach Pacheco. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sent. 19 de septiembre de 2013.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 50001-23-33-000-2017-00263-01. Demandado: Edgar Iván Balcázar Mayorga, Contralor del Municipio de Villavicencio. Sent. 23 de noviembre de 2017. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

El Tribunal Constitucional entendió este último tipo de mayoría, como aquella en la que no se necesita ningún tipo de umbral para consolidarse, sino el simple hecho de que una determinada opción electoral sume más votos que las demás; distinto de la que calificó como “simple”, a la que si atribuyó la fórmula de “la mitad más uno”.

Pues bien, a mi juicio, en el más extremo de los escenarios considero que el hecho de que la Sección Quinta, en 2013, hubiera tratado tales conceptos como sinónimos, a lo sumo implicaría que en el fallo en cuestión se efectuara algún tipo de precisión meramente nominal o semántica; pero de ninguna manera podría aceptar que se concluya, por ese solo motivo, que la tesis vigente en esta Sala sobre el alcance del artículo 146 del Texto Fundamental es errada.

Dicho de otro modo, lo que podría “rectificar” la ponencia es el nombre que en su momento este corporativo le asignó a la regla contenida en el mencionado precepto, o especificar que la mayoría simple y la relativa son distintas. Ello, con el único propósito de armonizar la jurisprudencia constitucional y la contenciosa. Pero, de ninguna manera, descartar la validez del argumento conforme con el cual, para los casos de que trata la norma ejusdem, no puede apelarse al baremo de “la mitad más uno”, pues, realmente, este es propio de la regla de “mayoría absoluta”, a las voces de lo discurrido en el fallo de 2013.

Cabe recordar que los apelativos de “simple” o “relativa” del que se acompañan las nociones de mayoría incluidas en el Texto Fundamental, no son más que construcciones doctrinales o jurisprudenciales que permiten identificar una determinada forma, ya que tales calificativos no aparecen en la Carta.

2) El hoy fallo del cual discrepo muestra como “revelador” el hecho de que en pretérita ocasión la Sala hubiera avalado la elección del Secretario General del Senado de la República “con tan solo 29 votos favorables de los 92 depositados...”, en lo que consideró que no se podía realizar la designación con una votación tan ínfima.

Pues bien, caricaturizar el argumento de la dispersión de los votos y llevarlo a extremos que sugieran la ruptura del equilibrio democrático y la distorsión del principio mayoritario, implica, a mi juicio, desconocer la realidad política eleccionaria del país y las diferentes formas y esquemas de designación que irradian la Constitución Política.

Para defender este argumento, guardadas las proporciones, basta recordar que en las elecciones de mandatarios territoriales (alcaldes y gobernadores) los certámenes se definen en favor de quienes obtengan el mayor número de votos válidos respecto de los demás contendores. Solo en el Distrito Capital, en las dos últimas contiendas, los vencedores se han elegido luego de alcanzar una estrecha proporción que apenas superó el 30% de todos los sufragios.

Este ejemplo muestra el plano opuesto al que brinda el fallo del cual discrepo, y pone en evidencia que ese tipo de modelos no son extraños en el orden jurídico colombiano; y si se permite este escenario en las instancias en las que tienen lugar las expresiones más amplias de la democracia directa, no hay razón válida para colegir que en el seno de un órgano de representación popular se encuentre proscrito.

No se puede cualificar lo que el constituyente no cualificó, ni se puede condenar, bajo una falsa percepción de fragilidad, una fórmula eleccionaria pensada para dinamizar el ejercicio de las funciones atribuidas al Congreso de la República, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, pues el blindaje que impuso el fallo se encuentra garantizado a través de otras reglas especiales definidas, caso a caso, por la propia Constitución, cuando quiera que ha establecido mayorías especiales para determinados asuntos.

3) Afirma la sentencia que la tesis vigente de la Sección Quinta rompió el principio de igualdad entre las mayorías y minorías. Lo cual considero no es acertado puesto que si el punto de referencia es el total de votos obtenidos, desde luego que la opción que obtenga el “mayor número de votos”, en caso de ser inferior al 50% del total, va a parecer desprovista de legitimidad. Empero, cuando aquella cifra es contrastada con cada una de las restantes alternativas, no cabe duda que su carácter de mayoría indiscutible no podrá ser entredicho.

Y es que, como bien lo expuso esta Sala en 2013, es este último el alcance que el Constituyente quiso darle realmente a la regla mayoritaria, pues no de otra forma sería posible la toma de decisiones en los referidos colegiados cuando les someten a consideración más de dos alternativas. Y es que la discusión deja de ser trivial en un caso como el que ahora convoca la atención de la Sala en el que 16 concejales tenían que elegir entre 5 alternativas posibles.

Es por ello que, mientras la Constitución y la ley no dispongan un mecanismo o un entendimiento distinto, la Sala no puede, en mi entender, restringir el uso de una facultad nominadora que ha sido definida bajo los contornos descritos en precedencia.

4) Uno de los argumentos de mayor relevancia en la sentencia tiene que ver con la alusión a la sentencia SU-211 de 2015, en la que, a glosa de lo que se decanta en la sentencia, supuestamente descalifica la tesis asumida por la Sección Quinta en el fallo de 2013 (Secretario General del Senado).

Sobre el particular, entiendo que, contrario a lo sugerido en el fallo, el alto Tribunal no realizó ningún juicio que comprometiera o infirmara la posición asumida por esta colegiatura electoral.

Es cierto, como bien lo pone de presente el fallo del cual discrepo, que la Corte expresó lo siguiente:

“36. Ahora bien, frente a la sentencia del Consejo de Estado del año 2013 que sostiene que la expresión mayoría hace referencia al mayor número de votos, esta Corte encuentra que una interpretación en ese sentido, fija, por regla general, un estándar muy flexible donde el grueso de las decisiones podría tomarse con la aquiescencia de una minoría y la objeción de la mayoría. Si bien esto puede suceder cuando el constituyente así lo autorice, adoptar como regla general que las minorías, en todos los casos, puedan definir las decisiones a tomar, no resulta acorde, de entrada, con el principio mayoritario. Establecido en el artículo 258 de la Constitución (...)

Por consiguiente, es necesario alertar que entregar el poder de decisión a una minoría, requiere una disposición expresa del constituyente y del legislador, y no puede ser la regla general, o tenerse como la fórmula adecuada típica para la toma de decisiones” (subrayas propias).

Y de esta misma manera, salvo las subrayas, fue citado en la sentencia de la cual me aparto.

No obstante, a pesar de lo atractivo que pueda resultar este argumento, no podría pasarse por alto que, en primer lugar, se trata del enfoque esbozado de manera tangencial por la Corte -a manera de obiter dictum-, puesto que el tema discutido en esa oportunidad por la Corte Constitucional tiene que ver con si las elecciones para Congreso, Presidencia y Vicepresidencia de la República deberían repetirse únicamente si el voto en blanco alcanzaba la mayoría absoluta:

"Las reclamaciones del actor, en esta oportunidad, se presentan en el contexto de las elecciones para Congreso y Presidencia y Vicepresidencia de la República de 2014, contra los informes a medios de comunicación y en su página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, según los cuales, de acuerdo con la Constitución, las elecciones deberían repetirse únicamente si el voto en blanco alcanzaba la mayoría absoluta. Sin embargo, el accionante manifiesta que la Constitución sólo exige una mayoría simple para que el voto en blanco invalide las elecciones, de conformidad con el Acto Legislativo No. 01 de 2009, cuya constitucionalidad no fue evaluada por esta Corporación, por falta de demanda respectiva “

Esto es, el tema discutido en esa oportunidad está enmarcado en las consecuencias del voto en blanco y la mayoría en ese caso específico.

En segundo lugar, y bajo estrecha relación con lo anterior, hay que decir que el fallo, del cual soy divergente, le resta énfasis a un aspecto, que desde mi óptica es cardinal, del citado aparte de la sentencia SU-221/15, que tiene ver con que el análisis que realizó dicha judicatura recayó concretamente sobre lo “Establecido en el artículo 258 de la Constitución”, que fija reglas en torno al voto en blanco dentro del contexto de las elecciones populares a corporaciones públicas y cargos uninominales.

De hecho, la propia Sección, en la sentencia de nulidad electoral de 2013, explicó que la regla contenida en el artículo 258 para el voto en blanco era

especial y no podía extraerse a partir de ella un criterio general para delinear los contornos de la regla general introducida en el artículo 146 ejusdem. De lo dicho en aquella oportunidad se destaca:

“Por otro lado debe agregarse que, esta es una regulación individual y concreta para el voto en blanco y no puede ser la regla general aplicable a las disposiciones que se refieran a las MAYORÍAS consagradas en el texto Constitucional (...).

En las mencionadas providencias al citar los artículos 146 de la Carta Política y 30 de la Ley 136 de 1994, en la primera y el Acto Legislativo N° 1 de 2009, reformatorio del artículo 258 de la Constitución en la segunda, consideró que contenían un supuesto de número mínimo de votos para ser elegido y que la mayoría que se requería para darle efectividad al voto en blanco era la ABSOLUTA, cuyo número mínimo, como se explicó en el sub lite, no aparece referenciado para la fórmula de MAYORÍA SIMPLE como mecanismo general de elección”.

Así lo reconoció la Corte Constitucional en la misma sentencia SU-221 de 2015 -en apartes que no fueron citados en la ponencia que ahora ocupa la atención de la Sala y frente a la cual disiento-, cuando manifestó:

“No obstante, esta sentencia del Consejo de Estado se separa de la interpretación del artículo 258 de la Constitución, como lo reconoce la misma providencia, pues considera que ésta es una mayoría específica para el voto en blanco. En ese orden de ideas, encuentra la Corte que si bien esta sentencia del Consejo de Estado del año 2013, reafirma las diferentes interpretaciones frente al tema, para el caso del artículo 258 superior, persisten las consideraciones de la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional y la providencia del 9 de marzo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, sobre el voto en blanco en la elección de miembros del Parlamento Andino.

37. Descartada la interpretación de la mayoría relativa, procede esta Corte a definir si el artículo 258 de la Constitución consigna una mayoría simple o absoluta. Con este objeto, a continuación partirá del texto aprobado en el Acto Legislativo no. 01 de 2009 y su trámite en el Congreso, para luego, examinar el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado en relación con la demanda contra la elección de los representantes del Parlamento Andino en el año 2012, por ser el precedente jurisprudencial más relevante en tanto tiene el mismo objeto de estudio.” (negrillas propias).

Es por ello que lo analizado por dicho juzgador constitucional no puede ser considerado como un imperativo que minimice lo que constituye la tesis vigente de la Sala Electoral del Consejo de Estado; máxime cuando, además, aquel no se involucró frontalmente con los criterios de interpretación que deben guiar los espacios de aplicación de figuras ajenas al voto en blanco, así:

“38. A modo de anotación, advierte la Corte que la expresión mayoría en la Constitución aparece en escenarios diversos. Cada espacio tiene elementos específicos que deben tenerse en cuenta al determinar el tipo de mayoría aplicable. Algunos de esos elementos son: los votantes, la forma de votación, la posibilidades de votación, el número de decisiones o elecciones que se pretenden llevar a cabo -por ejemplo, elecciones de varios congresistas en una misma jornada electoral-. Por todo ello, encuentra oportuno la Corte que el constituyente precise cómo operan estas mayorías en cada caso, y al consignarlas, indique de forma clara todos sus elementos.

39. Es importante concluir entonces que, respecto a las exigencias del artículo 258 de la Constitución, el voto en blanco requiere reunir la mayoría de los votos válidos para producir efectos. Esta mayoría se obtiene con la mitad más uno de los votos válidos. El constituyente podrá determinar otra mayoría, pero para ello será necesario que lo disponga de forma expresa”. Es por ello y por todas las razones anotadas en precedencia, que encuentro que el fallo, al acuñar un fragmento de la referida sentencia de la Corte, plantea que la Sala tiene la obligación de atender la jurisprudencia constitucional; pero bajo ese norte, deja por fuera de la ecuación jurídica todo el contexto que la irradia, y el valor que tienen los pronunciamientos de la Sección Quinta -al punto de tacharlos y menospreciarlos-, incluso, para orientar las decisiones jurídicas que a ella misma competen, especialmente, frente al alcance del artículo 146 de la Norma de Normas.

5) En el análisis del caso concreto, la sentencia presenta la regla de la mitad más uno como un imperativo categórico que no admite interpretaciones opuestas. Y a partir de ello descarta -por no decir que descalifica sin proporción de razones y lenguaje- la validez del argumento expresado por la parte demandada y otros sujetos procesales en relación con su apego a la jurisprudencia de la Sección Quinta (sentencia de 2013).

Sobre al particular, debo expresar que claramente, para mí, no existe violación de la Constitución por el hecho de que no se aplique la regla de la mitad más uno que establece el fallo. Y esto es así porque el artículo 146 superior y demás normas concordantes fueron interpretados por esta Sección en el caso del Secretario General del Senado de la República (2013).

De ahí que la pretendida claridad que se le otorga a la inteligencia de esa norma en el fallo del cual me aparto, no es tal. Tanto es así que el solo hecho de que se pretenda rebatir la tesis vigente de la Sala pone en evidencia, al menos, que no existe la perspicuidad que se le intenta dar a su antítesis.

Como lo expliqué en líneas anteriores, la hermenéutica según la cual la regla de mayoría establecida en los referidos artículos constitucionales supone que las decisiones en las corporaciones públicas de elección popular se toman con el mayor número de votos, sin la imposición de un umbral que supere el 50% (mitad más uno), tiene plena justificación.

Entonces, al aplicar la posición que adoptó la Sección Quinta en el año 2013 no se está desconociendo la Carta; antes, por el contrario, lo que se está haciendo es aplicarla de conformidad con la exégesis que le ha impreso el órgano límite en materia electoral.

Por contera, no encuentro ni encontré, la posibilidad de declarar la nulidad de la elección, con la contundencia con la que la sentencia así lo consideró y lo declaró, a partir de la mayoría eleccionaria.

Adicionalmente, en mi parecer, la Sala mayoritaria desconoce, ese sí, precedente que generó esta Sección a partir del fallo de 2013 y toda la elaborada dogmática que desde aquí se ha construido sobre el novísimo y exótico tema del “precedente” en nuestro sistema continental de derecho, demostrándose así su obligatoriedad, generadora de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Hecha la anterior precisión y teniendo en cuenta que en el caso objeto de estudio, frente al cual aclaro mi voto (i) la irregularidad objeto de apelación radica en que la demandada fue elegida por 3 votos a favor y 8 en blanco de los 11 integrantes de la Asamblea Departamental y (ii) los apelantes aducen un conflicto de aplicación de las normas en el tiempo y que la regla de mayorías aplicable era la contenida en el artículo 49 de la ordenanza No. 600 de 2010²⁷ -mayor votación- y no la modificación que de ella se hiciera por la ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017²⁸ -mayoría absoluta-, resulta claro que aplicando cualquier regla de mayoría, fue **el voto en blanco** el que la obtuvo y siendo este una opción constitucional para ejercer el derecho-deber del voto, como en este caso, el deber funcional de los miembros de la Duma departamental, es una opción válida y posible constitucional, legal y reglamentaria y debió otorgársele plena validez a dicha decisión en blanco de la mayoría frente a la elección de la demandada, de conformidad con lo siguiente:

En la Constitución política colombiana el voto está establecido como un ***mecanismo de participación política*** en el artículo 103, capítulo I, del título IV, sobre la participación democrática y los partidos políticos.

Luego, en el artículo 258, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2003 de la misma carta, se establece que el voto es un derecho y un deber ciudadano y le otorga al estado la obligación de que se ejerza sin ninguna coacción y de forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio de los medios electrónicos e informáticos.

Así mismo, el párrafo del mismo artículo consagra la obligación de repetir la votación de miembros de corporaciones públicas, gobernadores, alcaldes o la

²⁷ **Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../**

Será elegido contralor Departamental, aquel que obtuviere la mayor votación, siempre y cuando en el recinto se cuente con el quórum reglamentario para poder decidir. Posteriormente tomará posesión del cargo ante esta corporación.”

²⁸ **Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../**

El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por mayoría absoluta del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante la corporación.

primera vuelta de las elecciones presidenciales, si los votos en blanco constituyen la mayoría de los votos válidos.

En el caso concreto, la Ordenanza 600 de 2010, que no fue modificada en ese punto describe el voto en blanco como una opción válida y posible y en el párrafo del artículo 38 lo define como “**aquel que no contenga escrito alguno**”.

Así las cosas, en el caso concreto, no hay lugar a dudas que la mayoría fue obtenida por el voto en blanco y no por la candidata elegida, por lo tanto debió otorgársele plena y total validez a dicha decisión en blanco de la mayoría frente a la elección de la demandada y por ende, se debe confirmar la suspensión provisional del acto demandado.

En estos términos aclaro mi voto,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado