

DOCUMENTO ELECTORAL - Modalidades de falsedad / FALSEDAD DE DOCUMENTO ELECTORAL - Modalidades. Para anular el acto de elección debe alterar el resultado

Esta causal de nulidad, sustentada en la presencia de registros electorales falsos o apócrifos, o de elementos falsos o apócrifos que hubieran servido para su formación, deriva en la alteración de la verdad electoral, como cuando se supone la votación de personas que no han intervenido en las urnas, se hacen constar resultados que son ajenos a los verdaderamente escrutados (por exceso o por defecto), se finge la calidad de jurado de votación para sufragar sin estar autorizado, o se aduce una autorización inexistente para votar, o también cuando se altera materialmente el contenido de las actas o se incorporan en los cómputos de votos actas inválidas, y en general, cuando la declaración que contiene el documento no corresponde a la realidad. (...) Ha dicho esta Sala que un documento o un registro electoral es falso o apócrifo cuando se ocultan, modifican o alteran los verdaderos resultados electorales, por vía de acción u omisión, como cuando manifiesta algo diferente a la realidad electoral o deja de decir lo que debía expresar. (...) De otra parte debe tenerse en cuenta en la valoración del cargo que la existencia de un elemento falso o apócrifo, por sí mismo no conduce a la nulidad de las actas de escrutinio, pues ello se presenta sólo cuando la irregularidad tenga por efecto la alteración de los resultados electorales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre falsedad de documentos electorales que puede afectar la legalidad del acto de elección, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 17 de agosto de 2006, Rad. 4051. Sobre la incidencia de la falsedad en el resultado electoral, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de agosto de 2002, Rad. 2788.

MAS VOTOS QUE VOTANTES - Falsedad electoral. Solución legal: incineración de votos excedentes / FALSEDAD ELECTORAL - Más votos que votantes / MAS VOTANTES QUE VOTOS - Irregularidad que puede justificarse en elecciones por varias autoridades / VOTOS IRREGULARES - No son determinantes en el resultado si no superan la diferencia entre el candidato elegido y el siguiente en votación

La circunstancia de que en las actas de escrutinio de los jurados (Formulario E – 14) se consignen más votos que votantes (Formulario E-11), produce una alteración de la verdad electoral, y puede dar lugar a la anulación del acto de elección. Ello porque en la medida en que cada ciudadano está habilitado para depositar un voto, en la respectiva mesa sólo puede aparecer un número de sufragios consecuente con el de electores. Aquellos que se contabilicen más allá del de votantes habrán sido incluidos en forma irregular. (...) Ahora, puede suceder que en una mesa de votación sean depositados

más votos de los posibles habida cuenta del número de personas que sufragaron, pero tal circunstancia no puede trascender a las actas de escrutinio porque en los artículos 134 y 135 del Código Electoral se establece la manera de corregir tal anomalía, asunto que le corresponde a los jurados de votación. Cuando se presenta un mayor número de votos en las urnas que votantes registrados en el formulario E-11, los jurados electorales deben devolver las tarjetas electorales a la urna, revolverlas, retirar tantos votos como excedan el número de votantes e incinerarlos. (...) Entonces las cifras totales de votos que arrojan los formularios E – 14 deben ser menores o iguales al número de votantes. Igual debe suceder con el E – 24, que se elabora con base en el E – 14. Pueden ser menores, porque como lo ha precisado la Corporación, en una jornada en la que se eligen varias autoridades es posible que un elector se abstenga de depositar la tarjeta electoral respecto de alguna de ellas. En la demanda en forma concreta se dijo que en el Formulario E – 14 de la mesa 6 del municipio Providencia, en la elección de Gobernador, fueron contabilizados 302 votos no obstante que en ella, conforme el Formulario E – 11, votaron 295 personas, por lo que el Acta de Jurados de Votación registra 7 votos irregulares. (...) Pues bien, como quiera que el exceso de votos sobre el número de votantes no puede justificarse de manera alguna se tiene que la falsedad así alegada se halla debidamente probada pues en la mesa 6 del municipio de Providencia se registraron más votos que votantes. (...) No obstante que la diferencia entre los registros contenidos en los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 de Providencia se encuentra debidamente probada, ésta no tiene la idoneidad para generar la anulación del Acuerdo 7, pues tratándose de elecciones a cargos unipersonales la incidencia de los sufragios irregulares, por virtud del principio de eficacia del voto, consagrado en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral, debe analizarse considerando los resultados alcanzados por la persona que logró el favor popular y aquella que le siguió en votación, de manera que si al imputar los votos irregulares se vislumbra un cambio en los resultados, tal circunstancia se tornará suficiente para disponer la nulidad del acto de elección y ordenar un nuevo escrutinio. (...) De manera que si los votos registrados de más en el Formulario E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia se hubieran contabilizado a favor del candidato que resultó elegido y ahora se descontaran, no cambiaría la elección y por esa razón el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

FUENTE FORMAL: CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 134 / CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 135

SISTEMA DE DISTRIBUCION PONDERADA - Características / SISTEMA DE DISTRIBUCION PONDERADA - Su aplicación es viable en elecciones a cargos unipersonales / CARGOS UNIPERSONALES - Es viable

aplicación del sistema de distribución ponderada para determinar incidencia de votos irregulares en la elección

Esta Corporación ha sostenido que cuando se presentan irregularidades que provienen de suplantación de electores, diferencias entre formularios E-11 y E-24, votos depositados frente a cédulas correspondientes a personas fallecidas o con pérdida de derechos políticos o de cualquier otra modalidad de fraude respecto del cual no sea posible determinar el candidato que resultó beneficiado, para determinar su incidencia, también puede acudir al sistema de distribución ponderada conforme al cual se toma el número de votos fraudulentos que por cualquiera de los anteriores conceptos fueron acreditados en una mesa de votación y se distribuye en forma ponderada entre los candidatos que hayan obtenidos votos en la mesa o mesas donde se presentaron. En otros términos, teniendo en cuenta el número de votos obtenidos por los diferentes candidatos en la mesa o mesas que resultaron afectadas, se procede a calcular la participación porcentual de cada uno respecto del total de votos validos depositados, luego de establecido el porcentaje de participación, se les asigna en esa misma proporción el voto o votos irregulares comprobados, procedimiento que se sigue en cada una de las mesas afectadas por las irregularidades antes descritas. Agotada la anterior etapa se suman los resultados que arroja cada una de las mesas hasta obtener cifras enteras y depuradas que corresponden al número total de votos irregulares que deberán descontarse a cada partido y candidato; concluida esta sustracción queda totalmente depurada la votación y puede precisarse si las irregularidades generaron un cambio en el resultado de la elección y, por lo mismo, si se impone la anulación de la elección. La anterior metodología consulta el principio de eficacia del voto, en cuanto permite que se tomen los votos irregulares en su justa medida y se distribuyan a prorrata de la participación que han obtenido los diferentes partidos y candidatos en la votación válida, sin sacrificar ni afectar los votos mayoritarios que representan la auténtica voluntad del elector. En principio, es aplicable a las elecciones para Corporaciones Públicas, pero esa circunstancia no es óbice para que se considere en cargos unipersonales.

EXPEDICION IRREGULAR - Presupuestos de configuración como causal de nulidad de actos administrativos / ACTO ADMINISTRATIVO - Expedición irregular: presupuestos de configuración / ACTO DE ELECCION - Expedición irregular: se configura por omisión sustancial de formalidades o trámites / EXPEDICION IRREGULAR - Irregularidades relevantes o sustanciales e irrelevantes o accidentales / VOTOS IRREGULARES - Por más votos que votantes: No incineración de los excedentes no configura expedición irregular del acto de elección si no alteran el resultado

El vicio de la expedición irregular se configura cuando se desconocen las reglas establecidas para la formación del acto administrativo, ya porque no se cumple con alguna formalidad en el trámite previo, ora porque se desconoce la forma en la que, según la ley, debe dictarse. En el procedimiento de formación del acto pueden darse 2 clases de irregularidades, unas relevantes o sustanciales y otras irrelevantes o accidentales. Son relevantes aquellas que tienen la suficiencia para alterar el sentido de la decisión e irrelevantes aquellas otras que no inciden en éste. Sólo las primeras son capaces de estructurar el vicio de la expedición irregular, en términos generales, por virtud del principio de legalidad con arreglo al cual se cumple la función pública administrativa y, de manera especial, tratándose de actos electorales, por virtud del principio de eficacia del voto establecido en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral. El demandante adujo que la omisión de implementar el proceso establecido en el artículo 135 del Código Electoral vició de ilegalidad el acto de elección. Pero como quedó analizado en el aparte anterior (falsedad por razón de las diferencias entre los Formularios E- 11 y E - 14) la citada irregularidad no estructura una causal de anulación porque el hecho de que no se hubieran incinerado los 7 votos de más, no afectó el resultado electoral, pues como quedó precisado si éstos hubieran sido a favor del demandado, y se le descontaran, mantendría la diferencia que lo erigió en gobernador.

FUENTE FORMAL: CODIGO ELECTORAL - ARTICULO 135

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Competencia para resolver desacuerdos entre delegados se limita a reclamaciones y recursos sobre los escrutinios

Si bien el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para apreciar cuestiones de hecho y de derecho, y resolver los desacuerdos que se presentan entre sus delegados, esa atribución se circunscribe a las diferencias que se susciten al momento de decidir sobre la reclamaciones que, con base en el artículo 192 del Código Electoral, se presentan por primera vez en el escrutinio que éstos adelantan y/o sobre los recursos presentados contra los actos que resuelven sobre las reclamaciones radicadas en el escrutinio de mesa o en el municipal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Bogotá D. C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010).

Proceso número: 880012331000200800001-01

Radicación Interna: 2008-0001

Demandante: LEANDRO PÁJARO BALSEIRO

Demandado: PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES, Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Electoral – Segunda Instancia

Decide la Sala sobre los recursos de apelación interpuestos por el demandante, su coadyuvante y el Agente del Ministerio Público contra la sentencia de fecha 26 de agosto de 2008, a través de la cual el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. La solicitud

El ciudadano LEANDRO PÁJARO BALSEIRO, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, demandó la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo 7 del 3 de diciembre de 2007, proferido por el Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se declaró la elección del señor PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES como Gobernador

del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el periodo 2008 - 2011 y se ordenó expedir la respectiva credencial. Así mismo pidió que se anulara el Acta Parcial de Escrutinio de los votos para Gobernador del Departamento o formulario E-26.

Pidió, además, que se procediera a la práctica de un nuevo escrutinio de los votos depositados para Gobernador del Departamento, con la exclusión en el cómputo general de la totalidad de los depositados en la mesa número 6 correspondiente al municipio de Providencia. Solicitó además que se declarara la elección que de ello resultara y se expidiera la credencial respectiva a quien resultara ganador.

1.2. Los hechos

La demanda se sustenta en los siguientes:

1. El día 28 de octubre de 2007 se celebraron elecciones de autoridades locales en el territorio Nacional para elegir gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles en las diferentes circunscripciones electorales, entre éstas, la del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
2. Durante los escrutinios Municipales celebrados en Providencia, como consta en el Acta de la Comisión Escrutadora Municipal, varios ciudadanos y candidatos presentaron reclamaciones electorales con base en diversas causales, en una de ellas se solicitó que se excluyera del cómputo general de los votos aquellos depositados en la mesa número 6 del municipio de Providencia, en lo que correspondía a Gobernador, pues el Acta de los Jurados sólo fue firmada por 2 de ellos y, además, se presentaban

diferencias entre los formulario E-11, donde se reportaron **295 votantes**, y E-14, donde se encontraron **302 votos**.

3. Las diferencias hicieron que la Comisión Escrutadora Municipal ordenara el recuento de votos, hallando 302 votos físicos, es decir, 7 sobre el número de votantes en dicha mesa. Ante esta situación, consciente de la grave irregularidad, se abstuvo de computar los 302 votos de la mesa número 6 trasladando la decisión a la Comisión Escrutadora Departamental.

4. Teniendo en cuenta que entre la Comisión Escrutadora Departamental compuesta por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, se presentó un desacuerdo, por cuanto uno de los delegados era partidario de excluir la mesa número 6 del municipio de Providencia y el otro de incinerar los votos en sede de la Comisión Escrutadora Departamental, correspondió al Consejo Nacional Electoral resolver dicha desavenencia.

5. El Consejo Nacional Electoral aceptó la existencia de la citada irregularidad, pero consideró que era causal de nulidad y debía ventilarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Así, decidió volver a incluir en el respectivo escrutinio la mesa 6 de Providencia.

6. El Movimiento Integración Regional, que avaló la candidatura de quien fuera elegido Gobernador, formuló denuncia penal y disciplinaria, contra las personas que cumplieron la función de jurados en la citada mesa 6, con lo que reconoció la existencia de la irregularidad, desechó la presencia de algún error de los jurados de votación y asumió que la citada irregularidad denotaba la conducta dolosa de los referidos servidores.

7. El escrutinio practicado por el Consejo Nacional Electoral en el acto demandado, arrojó como resultados en la elección de gobernador, los siguientes:

PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES	8193 votos
AURY SOCORRO GUERRERO BOWIE	8160 votos

De manera que existe una diferencia de 33 votos, cifra inferior a la totalidad de los votos de la mesa donde se presentaron las irregularidades, que es de 302 votos, de manera que con la exclusión de la mesa número 6 de Providencia, se modifica el resultado electoral.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante alegó que el acto de elección de Gobernador del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, contenido en el Acuerdo 7 de 3 de diciembre de 2007, violó los artículos 114, 135 y 142 del Código Electoral y 5 de la Ley 163 de 1994.

Por:

1. Falsedad de los documentos electorales: en cuanto los jurados de votación de la mesa 6 del municipio de Providencia, alteraron la verdad electoral pues registraron, en el Formulario E – 14, más votos que votantes y además, dejaron de firmar el citado formulario.

2. La expedición irregular: pues los jurados de votación omitieron el deber de incinerar los votos que excedían al número de votantes de la mesa 6, tal como se los imponía el artículo 135 del Código Electoral.

3. La violación de las normas superiores en cuanto el Consejo Nacional Electoral al momento de decidir el desacuerdo presentado entre sus delegados, no obstante que aceptó la irregularidad presentada respecto de la votación de la mesa 6 del municipio de Providencia decidió considerarla en el cómputo general que sirvió de base para declarar la elección.

2. La contestación de la demanda

2.1 El señor PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES, mediante apoderado, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones.

Dijo que;

El exceso de 7 votos en la mesa número 6 del municipio de Providencia, se generó por la omisión de los jurados de votación de anotar a todos los sufragantes en el Formulario E-11.

Los votos depositados en la mesa 6, correspondían a personas que siendo habitantes del municipio de Providencia ejercieron su derecho al voto en la aludida mesa al punto que luego de que sufragaron se les expidió el correspondiente certificado electoral.

Pese a que en el Formulario E-11 fueron relacionados 295 votantes, en dicha mesa sufragaron efectivamente 302 personas, tal como se comprobaba con las declaraciones extraproceso rendidas por personas que sufragaron, se les entregó el certificado electoral pero no fueron relacionadas en el Formulario E- 11.

Aunque los jurados de votación fueron denunciados por el Movimiento de Integración Regional y por otros partidos, ninguno de ellos había reconocido o ratificado la existencia de fraude en la mesa 6 de Providencia, porque no ocurrió, no existió, y podía aceptar la existencia de lo inexistente.

El hecho de que el Formulario E-14 de la mesa 6 del municipio de Providencia, para Gobernación, estuviera suscrito por 2 jurados, no era indicador alguno de actitud malintencionada de parte de algunos de ellos, como lo afirmaba el demandante, toda vez que conforme a lo establecido en el Acuerdo 4 del 8 de junio de 1992 del Consejo Nacional Electoral, *“[e]l acta es un cuerpo íntegro, considerado como un todo, por lo tanto es suficiente que sea firmada por los jurados de votación en alguno de sus ejemplares para que sea reputada válida”*.

La mesa 6 de Providencia no fue excluida del cómputo general en ninguna de las instancias por lo que no resultaba indebido que el Consejo Nacional Electoral la hubiera considerado al momento de declarar la elección.

2.2 La Nación – Consejo Nacional Electoral, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones.

Dijo que su actuación se ajustó a la normatividad vigente en la medida en que carecía de competencia para resolver sobre las irregularidades que se presentaron en la mesa 6 del municipio de Providencia habida cuenta que éstas comportaban una diferencia entre documentos electorales que determinaba más votos que votantes, circunstancia que estructuraba la causal de nulidad establecida en el artículo 223 [2] del Código Contencioso Administrativo, la que debía resolverse en sede judicial.

Al margen precisó que la diferencia no tenía la idoneidad para alterar el resultado de la elección habida cuenta de que en asuntos como el de la referencia, por virtud del principio de la eficacia del voto, ésta se valoraba considerando los votos irregulares y la diferencia entre quien alcanzó el favor popular y quien logró la segunda votación.

3. La coadyuvancia

El Partido Liberal Colombiano, coadyuvó las pretensiones de la demanda. Dijo que la mesa 6 del municipio de Providencia debía ser excluida del escrutinio de votos para Gobernador porque se había presentado una falsedad electoral pues registró un exceso de “6 votos” (sic) sobre el número de votantes y esa circunstancia comportaba la falsedad de los correspondientes registros.

4. Los alegatos de conclusión en la primera instancia

4.1. Del demandante. Adujo que el cargo de falsedad electoral alegada en su demanda se hallaba debidamente probado y que, en tal virtud, debía accederse a las pretensiones de la demanda, pues contrario a lo aseverado por el Consejo Nacional Electoral en su escrito de contestación de la demanda, y como lo tenía dicho el Consejo de Estado, la presencia de elementos falsos o aprócrifos generaba la exclusión de la mesa de votación.

Precisó que las sentencias que fueron consideradas por el Consejo Nacional Electoral en cuanto establecían que circunstancias como las diferencias en los formularios electorales sólo generaban la exclusión de los votos registrados en exceso, no resultaban pertinentes en la medida en que en los

procesos en los que fueron dictadas se denegaron las pretensiones de la demanda porque no se probó la diferencia alegada.

4.2. Del demandado. Dijo que ninguno de los cargos formulados en la demanda tenían vocación de prosperidad porque no se probó el hecho de las diferencias entre los Formularios E – 11 y E - 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia habida cuenta de que con los certificados electorales, el Formulario E – 10 y con las declaraciones extrajudicial allegadas al proceso se demostró que en la citada mesa votaron 302 personas.

Que no habiendo más votos que votantes los jurados de votación no estaban en el deber de incinerar ningún sufragio y el Consejo Nacional Electoral no tenía razón para excluir del cómputo general, los votos de la citada mesa.

4.3. De la Nación - Consejo Nacional Electoral. Pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda porque si bien la diferencia entre los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia pudo verificarse, los votos irregulares, 7, no eran suficientes para determinar un cambio en la elección pues la diferencia entre quien alcanzó el favor popular y quien logró la segunda votación fue de 33 votos.

4.4. Del Partido Liberal Colombiano. Solicitó que se accediera a las pretensiones en cuanto la falsedad en los documentos electorales había resultado probada y esa circunstancia, a su juicio, determinaba la exclusión de los 302 votos depositados en la mesa 6, lo que a su vez modificaba el resultado de la elección.

5. El concepto del Ministerio Público en la primera instancia

El Procurador 292 en lo Penal, en condición de Agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia, en su concepto sostuvo que en el acto de escrutinio de los votos depositados en la mesa 6 del municipio de Providencia se presentó una seria irregularidad que determinó la falsedad de los registros contenidos en el Formulario E -14.

Ello en la medida en que los jurados de votación obviaron el procedimiento establecido en el artículo 135 del Código Electoral, es decir, incinerar antes de ser escrutados, un número de votos igual a la diferencia que había entre votantes y votos depositados y con esto afectaron de falsedad el respectivo Formulario E – 14, pues le incorporaron unos registros falsos o apócrifos.

Así, consideró que de la misma manera como se había decidido en el proceso de nulidad de la elección del Gobernador de La Guajira, período 2003 – 2007, debía excluirse la votación registrada en la Mesa 6 y hacer un nuevo escrutinio del que resultaba una alteración de los resultados electorales, por lo que las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar.

6. La sentencia recurrida

Es la de 26 de agosto de 2008, a través de la cual el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, denegó las pretensiones de la demanda.

Dijo que:

Para que prosperara la nulidad de una elección, por razón de la falsedad de los documentos electorales, era necesario que lo falso o apócrifo tuviera la

entidad suficiente para cambiar el resultado electoral, dado que en la interpretación de la norma (artículo 223 - 2 C.C.A.) debía darse plena observancia a la prevalencia del principio de la eficacia del voto, consagrado en el artículo 1º del Código Electoral.

Las pruebas aducidas al proceso permitían establecer que los jurados omitieron registrar en el Formato E-11 a 13 sufragantes, pues si bien subrayó los números de sus cédulas en el Formulario E-10, Lista de votantes de la mesa, y les entregó el certificado electoral, con lo que se probaba que habían votado, no los incluyó en el respectivo Formulario E – 11.

El cuestionado exceso de 7 votos correspondía a personas que sí sufragaron, quedando válidamente justificada la incongruencia entre el total de votantes registrados en el Formulario E-11 y las Actas de Escrutinio de los jurados de votación, Formulario E-14.

No obstante lo anterior sostuvo que para declarar la nulidad del acto de elección era necesario que el excedente de 7 votos fuera determinante y por ende, modificara el resultado de las elecciones, que la diferencia de los votos irregulares en el resultado electoral en elecciones uninominales, debía ser evaluada desde el punto de vista numérico respecto de la diferencia entre los sufragios obtenidos por el candidato ganador y el que le seguía en votación y como la diferencia en el caso sub lite era de 7 votos no mutaba el resultado electoral y por ello no procedería al decreto de la nulidad impetrada.

Frente al argumento según el cual se omitió incinerar los votos sobrantes de acuerdo al artículo 135 del Código Electoral, dijo que tal procedimiento no era procedente en la medida en que conforme con lo analizado en el cargo anterior no se había dado el exceso de votos sobre votantes.

7. El recurso de apelación

7.1. Por el demandante

El demandante, por intermedio de apoderado, apeló la sentencia, argumentando:

Que “[e]l artículo 135 del Código Electoral precisamente establece el procedimiento a seguir cuando se presenta diferencia entre el número de votos de los formularios E-11 y E-14, estableciendo que al azar se sacara (sic) un número de votos igual a la diferencia y se quemaran inmediatamente [...] De tal suerte que ni la decisión de los delgados (sic), ni la del Consejo Nacional Electoral, acataron (sic) lo normado y, por lo mismo, no fueron acertadas desde el punto de vista jurídico, viciando sus actuaciones de ilegalidad”.

Que entonces debía tenerse en cuenta que *“[e]l Consejo Nacional Electoral violó con su decisión el mandato del artículo 135 del Código Electoral, al haber ordenado que se incluyera la mencionada mesa 6 en los escrutinios, sin agotar el procedimiento establecido en esa disposición”,* lo que en el fondo estructuraba *“violación de la Ley”* como causal genérica de nulidad, admisible, como causal de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral.

Que examinado el Acuerdo 7, se podía constatar que el Consejo Nacional Electoral, al resolver el desacuerdo existente entre sus delegados, obró de manera ilegal pues aceptó la irregularidad pero luego alegó que no podía proveer sobre ese particular.

Concluyó que debía disponerse la anulación del Acuerdo 7 de 3 de diciembre de 2007, por estar demostrada la causal de violación de la ley, ordenarse el escrutinio final, sin incluir la mesa 6 y declararse la elección como Gobernador del departamento de quien resultara con el mayor número de votos.

7.2. Por el Partido Liberal Colombiano

El Partido Liberal Colombiano, por intermedio de apoderada, y en su calidad de coadyuvante, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en términos similares a los expresados por el actor.

7.3. Por el Ministerio Público

El Procurador 292 Judicial I Penal, apeló la decisión del Tribunal, pero no sustentó su recurso (folio 496).

8. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

El Consejo Nacional Electoral, por intermedio de apoderado, presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Dijo que era una imprecisión decir que en virtud de la reclamación los Delegados del Consejo Nacional Electoral habían decidido excluir la mesa 6 de Providencia del escrutinio, pues lo que se presentó fue un desacuerdo entre los delegados en tanto uno de ellos era partidario de incinerar un número de votos igual al exceso, mientras que otro opinó que había lugar a

excluir del cómputo los registros electorales de la mesa 6, por lo que el asunto fue remitido al Consejo Nacional Electoral.

Que el Consejo Nacional Electoral, en virtud del numeral 8 del artículo 12 del Código Electoral, conoció del desacuerdo surgido entre sus delegados, y consideró que el caso sometido a examen no encuadraba en ninguna de las causales de reclamación contempladas en el artículo 192 del Código Electoral por lo que procedió a considerar la mesa 6, entre otras consideraciones, por reconocer que era su deber declarar la elección y entregar la credencial, en la medida que no se encontraba dentro de sus atribuciones declarar ninguna nulidad electoral, lo cual estaba reservado a la jurisdicción contencioso administrativa.

Que la sentencia apelada debía mantenerse en virtud del principio de la eficacia del voto, máxime cuando la diferencia existente entre el número de sufragantes y el número de votos no tenía la aptitud para cambiar el resultado electoral.

Que la no aplicación del artículo 135 del Código Electoral puede constituir una irregularidad pero que la misma no tenía la idoneidad para alterar el resultado de la elección por lo que en virtud de principio de la eficacia del voto no había lugar a considerarla como relevante.

Que en el supuesto de haberse *"incinerado"* los 7 votos que superaba al número de votantes y éstos hubieran favorecido al candidato ganador, éste seguiría siendo el Gobernador, en la medida que continuaría superando al segundo en 26 votos. Los 7 votos en cuestión no eran suficientes para producir un cambio en los resultados electorales.

9. El concepto del Ministerio Público de la segunda instancia

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado no emitió concepto por considerar que no era necesario, toda vez que uno de los recurrentes era el Ministerio Público, quien a través del procurador 292 Judicial I Penal, planteó su posición en concepto visible a folios 440 a 455 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Por la naturaleza del asunto esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, conforme al artículo 129 -1 del Código Contencioso Administrativo y 1º del Acuerdo 55 de 2003, que modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999.

2. El acto demandado

En el proceso de la referencia se demandó la nulidad del Acuerdo 7 de 3 de diciembre de 2007, proferido por el Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se declaró la elección del señor PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES como Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el periodo 2008-2011 y se ordenó expedir la respectiva credencial.

3. Motivos de la impugnación

En la demanda se alegaron, en lo esencial, tres cargos, a saber:

a) La falsedad de los documentos electorales por 2 razones: i) por las diferencias en los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia y ii) por el hecho de que el Formulario E – 14 de la citada mesa sólo fue firmado por 2 de los jurados de votación por lo que no podía considerarse al momento de realizar el escrutinio municipal.

b) La expedición irregular del acto de elección por razón de que ante la evidencia de que en el escrutinio de la mesa 6 del municipio de Providencia se presentó un mayor número de votos que de votantes, se dejó de aplicar el procedimiento establecido en el artículo 135 del Código Electoral, y

c) La violación de las normas superiores en cuanto el Consejo Nacional Electoral al momento de declarar la elección consideró la mesa 6, cuando a juicio del demandante, debió excluirla del cómputo de votos por el hecho de que se hallaba probado que en tal mesa se presentó un mayor número de votos que de votantes.

Ahora, los recurrentes que sustentaron el recurso de apelación, a saber: el demandante y el Partido Liberal Colombiano, alegaron que la sentencia de primera instancia no se había ocupado del cargo de violación de las normas superiores, por lo que en principio la Sala sólo debería pronunciarse sobre esa alegación; sin embargo, como quiera que la sentencia de primer grado, también fue apelada por el Ministerio Público, corresponde resolver sobre todos los cargos formulados en la demanda. Máxime si se considera que según el Agente del Ministerio Público, la falsedad por razón de las diferencias entre los Formularios E – 11 y E – 14, ameritaba la anulación del acto de elección.

Así pues habrán de evacuarse en el orden en que se precisaron antes:

4. Análisis de los cargos.

4.1. Falsedad de los documentos electorales: Diferencias en los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia y escrutinio de la mesa 6 no obstante que el Acta de los Jurados sólo se hallaba firmada por 2 de ellos.

4.1.1. La falsedad de los documentos electorales (artículo 223 [2] del Código Contencioso Administrativo).

Esta causal de nulidad, sustentada en la presencia de registros electorales falsos o apócrifos, o de elementos falsos o apócrifos que hubieran servido para su formación, deriva en la alteración de la verdad electoral, como cuando se supone la votación de personas que no han intervenido en las urnas, se hacen constar resultados que son ajenos a los verdaderamente escrutados (por exceso o por defecto), se finge la calidad de jurado de votación para sufragar sin estar autorizado, o se aduce una autorización inexistente para votar, o también cuando se altera materialmente el contenido de las actas o se incorporan en los cómputos de votos actas inválidas, y en general, cuando la declaración que contiene el documento no corresponde a la realidad.

La norma citada preve:

“ARTICULO 223. CAUSALES DE NULIDAD. (Modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988) Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

“...”

Por su parte el artículo 229 del mismo Código establece:

“ARTICULO 229. INDIVIDUALIZACION DEL ACTO ACUSADO. Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos”.

Como lo establecen las normas antes transcritas, la pretensión de nulidad electoral por la causal 2ª del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, debe estar encaminada a obtener la anulación del acto declaratorio de una elección, bajo el cargo de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación o de las comisiones escrutadoras sobre las cuales se sustenta dicho acto, por la demostración de que es falso o apócrifo el registro electoral, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación.

Ha dicho esta Sala que un documento o un registro electoral es falso o apócrifo cuando se ocultan, modifican o alteran los verdaderos resultados electorales, por vía de acción u omisión, como cuando manifiesta algo diferente a la realidad electoral o deja de decir lo que debía expresar¹.

¹ Sentencias 1871-1872 del 14 de enero de 1999, 2234 del 1º de julio de 1999, 2400 del 10 de agosto de 2000, 2477 del 29 de junio de 2001 y 3032 del 28 de noviembre de 2002.

Sobre la existencia de registros falsos o apócrifos que afectan la legalidad de las actas de escrutinio y por consiguiente la del acto declaratorio de una elección, esta Sala ha dicho:

“La falsedad o adulteración de determinados documentos electorales puede afectar la veracidad de las Actas de Escrutinio de las Comisiones Escrutadoras y, por esa vía, puede originar la nulidad de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que podrían ocultarse votos válidos o podrían registrarse votos inexistentes. Un elemento o un registro electoral es falso o apócrifo, cuando se ocultan, modifican o alteran los verdaderos resultados electorales, independientemente de si ese acto u omisión se produce como consecuencia de actos malintencionados o dolosos. En otras palabras, la falsedad puede presentarse por vía de acción u omisión; así, se presenta la falsedad por vía de acción cuando un elemento manifiesta algo diferente a la realidad electoral y se presenta la falsedad por omisión cuando un elemento deja de decir lo que debía expresar. Esos argumentos se explican porque la ley electoral consagra el proceso contencioso electoral como un mecanismo jurídico para proteger la eficacia del voto y la regularidad de las elecciones, por lo que su objetivo nunca podrá ser el de juzgar la conducta ni el de endilgar responsabilidad a los funcionarios electorales, sino que su cometido es lograr la transparencia y la veracidad de la expresión popular”².

Debe señalarse que el cargo así formulado constituye un cuestionamiento a la veracidad de los registros electorales, contenidos en documentos públicos, al tenor de los artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, que conforme al artículo 264 ibídem, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de los datos que en ellos se incorporen, la que debe ser desvirtuada por el demandante a efectos de que prospere su pretensión.

De otra parte debe tenerse en cuenta en la valoración del cargo que la existencia de un elemento falso o apócrifo, por sí mismo no conduce a la nulidad de las actas de escrutinio, pues ello se presenta sólo cuando la irregularidad tenga por efecto la alteración de los resultados electorales.

² Sentencia del 17 de agosto de 2006, Exp. 4051.

Así se ha pronunciado esta Sala en ese sentido:

“De tiempo atrás se ha ocupado la jurisprudencia de lo relativo a la falsedad de registros y a la cantidad de los votos nulos que hacen nula una elección. Así, por ejemplo, en sentencia de 13 de diciembre de 1962 explicó el Consejo de Estado que el ‘alcance o finalidad de la demanda no puede ser, en ningún caso, el de impugnar la decisión de la corporación electoral que anula unos votos, sin atacar primordialmente la declaratoria misma de la elección’, es decir, que la acción se ejerce ‘para afectar la declaración o elección en todo o parte, pero no simplemente para que se anulen decisiones de la corporación escrutadora y no se toque la elección declarada por ella misma’, y que las ‘irregularidades que en materias electorales están erigidas en causales de nulidad, solo pueden dar acción eficaz cuando afectan el resultado de la elección, pues si ‘el resultado de la elección no se modifica, la acción no prospera aunque la irregularidad alegada como fundamento sea evidente’. Después, en sentencia de 19 de febrero de 1990, explicó que ‘el criterio de no invalidar el registro electoral cuando la cantidad de las inconsistencias es muy pequeña en relación con el total de la votación, genera dificultades de apreciación, imposibles de dilucidar, mientras no exista disposición legal que establezca un porcentaje mínimo de votación irregular que vuelva anulable el correspondiente registro’, y que, así las cosas, ‘un solo voto fraudulento debe ser suficiente para invalidar el registro’, pero, advirtió, ‘cuando ese voto pueda adulterar la verdad de las urnas’. Posteriormente, en sentencia de 25 de septiembre de 1995, explicó que si aún excluyendo los votos obtenidos de un escrutinio adulterado el candidato vencedor resultaba con mayoría de votos, declarar nulo el acto declaratorio de la elección para que se practicara un nuevo escrutinio, sería inoficioso. Criterios semejantes al que se ha dejado expuesto ha sido reiterado en sentencias de 28 de junio de 1999, 1 de julio 1999, 14 de septiembre de 2000, 14 de diciembre de 2001, 19 de abril de 2002 y 31 de mayo de 2002, entre otras varias”³.

4.1.1.2 De la falsedad por razón de las diferencias entre los Formularios E – 11 y E - 14, más votos que votantes

La circunstancia de que en las actas de escrutinio de los jurados (Formulario E – 14) se consignen más votos que votantes (Formulario E-11), produce una alteración de la verdad electoral, y puede dar lugar a la anulación del acto de elección.

³ Sentencia del 16 de agosto de 2002, Exp. 2788.

Ello porque en la medida en que cada ciudadano está habilitado para depositar un voto, en la respectiva mesa sólo puede aparecer un número de sufragios consecuente con el de electores. Aquellos que se contabilicen más allá del de votantes habrán sido incluidos en forma irregular.

Al respecto esta Sala ha dicho:

“... sí constituye una irregularidad cuando el acta de escrutinio del jurado de votación –Formulario E-14- registra un número mayor que la lista y registro de votantes –Formulario E-11-, puesto que el número de votos no puede ser superior al número de votantes, por la sencilla razón de que cada ciudadano tiene derecho a un solo voto”.⁴

Ahora, puede suceder que en una mesa de votación sean depositados más votos de los posibles habida cuenta del número de personas que sufragaron, pero tal circunstancia no puede trascender a las actas de escrutinio porque en los artículos 134 y 135 del Código Electoral se establece la manera de corregir tal anomalía, asunto que le corresponde a los jurados de votación.

Cuando se presenta un mayor número de votos en las urnas que votantes registrados en el formulario E-11, los jurados electorales deben devolver las tarjetas electorales a la urna, revolverlas, retirar tantos votos como excedan el número de votantes e incinerarlos.

Los artículos 134 y 135 antes referidos, precisan:

*“**Artículo 134.-** Inmediatamente después de cerrada la votación, uno de los miembros del jurado leerá en alta voz el número total de sufragantes, el que se hará constar en el acta de escrutinio y en el registro total de votantes.*

⁴ Sentencia del 7 de diciembre de 2001, Exp. 2755.

Artículo 135.- *Practicadas las diligencias prevenidas en el artículo anterior, se abrirá públicamente la urna en que fueron depositados los sobres y uno de los jurados los contará uno a uno; si hubiera un número mayor que el de ciudadanos que sufragaron, se introducirán de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación, se sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente.*

En el acta de escrutinio se hará constar la circunstancia de que habla este artículo, con expresión del número de sobres excedentes”.

Entonces las cifras totales de votos que arrojan los formularios E – 14 deben ser menores o iguales al número de votantes.

Igual debe suceder con el E – 24, que se elabora con base en el E – 14.

Pueden ser menores, porque como lo ha precisado la Corporación, en una jornada en la que se eligen varias autoridades es posible que un elector se abstenga de depositar la tarjeta electoral respecto de alguna de ellas.

En la demanda en forma concreta se dijo que en el Formulario E – 14 de la mesa 6 del municipio Providencia, en la elección de Gobernador, fueron contabilizados 302 votos no obstante que en ella, conforme el Formulario E – 11, votaron 295 personas, por lo que el Acta de Jurados de Votación registra 7 votos irregulares.

Efectuada la confrontación entre lo alegado en la demanda y lo probado en el proceso, se tiene:

Cargo formulado							Verificación		
	Z	P	M	E-11	E-14	DIF.	E-11	E – 14	DIF.
1	00	00	6	295	302	+ 7	295 (fl. 224 a 237, cd. 1)	303 - sic - en verdad son 302, se hallan mal sumados los totales por candidatos, en blanco y nulos (fl. 471 y 472, cd. 4)	+ 7

Pues bien, como quiera que el exceso de votos sobre el número de votantes no puede justificarse de manera alguna se tiene que la falsedad así alegada se halla debidamente probada pues en la mesa 6 del municipio de Providencia se registraron más votos que votantes.

Ahora, los argumentos del demandado enderezados a justificar la citada diferencia en cuanto refieren que en la mesa 6 votaron 302 personas, aserto que pretende probar con los certificados electorales y las declaraciones extrajuicio de personas que, conforme el censo electoral Formulario E – 10 se hallaban habilitadas para votar en esa mesa, no son de recibo porque los certificados electorales sólo dan cuenta de que determinado ciudadano ejerció el derecho al voto y las declaraciones extrajuicio, que no fueron ratificadas y por lo mismo no podrían valorarse, no son idóneas para desvirtuar la información que aparece en los respectivos formularios electorales, base del escrutinio.

No obstante que la diferencia entre los registros contenidos en los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 de Providencia se encuentra debidamente probada, ésta no tiene la idoneidad para generar la anulación del Acuerdo 7, pues tratándose de elecciones a cargos unipersonales la incidencia de los sufragios irregulares, por virtud del principio de eficacia del voto, consagrado en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral, debe analizarse considerando los resultados alcanzados por la persona que logró el favor popular y aquella que le siguió en votación, de manera que si al imputar los votos irregulares se vislumbra un cambio en los resultados, tal circunstancia se tornará suficiente para disponer la nulidad del acto de elección y ordenar un nuevo escrutinio.

Según el Acuerdo 7 de 2007, contenido del acto de elección, cuya copia auténtica obra en los folios 13 a 35 del cuaderno principal, las elecciones para Gobernador del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina período constitucional 2008 – 2011, arrojaron el siguiente resultado:

Candidato	Votos
Gallardo Forbes pedro Clavel.	8.193
Guerrero Bowie Aury Socorro.	8.160
Housini Jaller Jack.	4.093
Votos en blanco.	625
Votos nulos	221
Votos no marcados	734
Total votos.	22.026

De manera que si los votos registrados de más en el Formulario E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia se hubieran contabilizado a favor del candidato que resultó elegido y ahora se descontaran, no cambiaría la elección y por esa razón el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

Esta Corporación ha sostenido que cuando se presentan irregularidades que provienen de suplantación de electores, diferencias entre formularios E-11 y E-24, votos depositados frente a cédulas correspondientes a personas fallecidas o con pérdida de derechos políticos o de cualquier otra modalidad de fraude respecto del cual no sea posible determinar el candidato que resultó beneficiado, para determinar su incidencia, también puede acudir al sistema de distribución ponderada conforme al cual se toma el número de votos fraudulentos que por cualquiera de los anteriores conceptos fueron

acreditados en una mesa de votación y se distribuye en forma ponderada entre los candidatos que hayan obtenidos votos en la mesa o mesas donde se presentaron.

En otros términos, teniendo en cuenta el número de votos obtenidos por los diferentes candidatos en la mesa o mesas que resultaron afectadas, se procede a calcular la participación porcentual de cada uno respecto del total de votos validos depositados, luego de establecido el porcentaje de participación, se les asigna en esa misma proporción el voto o votos irregulares comprobados, procedimiento que se sigue en cada una de las mesas afectadas por las irregularidades antes descritas. Agotada la anterior etapa se suman los resultados que arroja cada una de las mesas hasta obtener cifras enteras y depuradas que corresponden al número total de votos irregulares que deberán descontarse a cada partido y candidato; concluida esta sustracción queda totalmente depurada la votación y puede precisarse si las irregularidades generaron un cambio en el resultado de la elección y, por lo mismo, si se impone la anulación de la elección.

La anterior metodología consulta el principio de eficacia del voto, en cuanto permite que se tomen los votos irregulares en su justa medida y se distribuyan a prorrata de la participación que han obtenido los diferentes partidos y candidatos en la votación válida, sin sacrificar ni afectar los votos mayoritarios que representan la auténtica voluntad del elector.

En principio, es aplicable a las elecciones para Corporaciones Públicas, pero esa circunstancia no es óbice para que se considere en cargos unipersonales.

Teniendo en cuenta los lineamientos trazados en precedencia, se procede a analizar la situación que se presenta en el caso *sub iudice*; el cuadro que se inserta a continuación contiene la asignación ponderada de las irregularidades que fueron halladas en el presente proceso, en el cual se indica el número de votos alcanzados por cada candidato en la mesa 6 del municipio de Providencia, el porcentaje de participación que representa en el total de los votos válidos, las irregularidades halladas y los votos a restar, cuyo resultado se deriva de multiplicar el número de irregularidades por el porcentaje de participación de cada candidato en la misma, lo que arroja un número que constituye la proporción que cada candidato debe asumir sobre los votos irregulares.

Candidato	Votos alcanzados	Porcentaje de participación	Irregularidades de la mesa	Votos a descontar
Gallardo Forbes Pedro Clavel.	150	52,0833%	7	4
Guerrero Bowie Aury Socorro.	93	32,2916%	7	2
Housini Jaller Jack.	41	14,2361%	7	1
Votos en blanco.	4	1,3888%	7	0
Votos nulos.	14	0.0000%	7	0
Votos validos (marcados y en blanco).	288	100,00%	7	7
Total votos de la mesa (Válidos y nulos).	302			

De modo que al aplicar la distribución ponderada, tampoco cambiaría el resultado de la elección pues el demandado mantendría una ventaja de 32 votos.

4.1.1.3 De la falsedad por haber considerado los votos registrados en el Formulario E – 14 de la mesa número 6 del municipio de Providencia no

obstante que el acta de los jurados de votación sólo estaba firmada por 2 de éstos.

Tal como parece en los antecedentes, en la demanda se dijo que el Acta de los Jurados de Votación, Formulario E – 14, no podía ser considerada en el escrutinio municipal de votos en cuanto sólo fue firmada por 2 de los jurados, de manera que al tomarse en cuenta se incurrió en falsedad electoral.

Sobre el particular debe precisarse que en los términos del artículo 5º de la Ley 163 de 1994, que prevé:

“Ley 163 de 1994.

“...”

“Artículo 5.

[...]

Las actas de escrutinio de los jurados de votación serán válidas cuando estén firmadas, al menos, por 2 de ellos.”.

De manera que en la medida en que el Acta de los Jurados de Votación de la mesa 6 del municipio de Providencia, Formulario E – 14, se hallaba firmada por 2 de ellos, tal como aparece en la copia obrante en el folio 472 del cuaderno 4, era válida y podía ser considerada en el escrutinio municipal.

Siendo así el cargo no tenía vocación de prosperidad.

4.2. La expedición irregular por el hecho de que se obvió aplicar el procedimiento establecido en el artículo 135 del Código Electoral.

En la demanda se dijo que, habiéndose presentado un mayor número de votos que de votantes en la mesa 6 del municipio de Providencia, se imponía devolver los sufragios a la urna, revolverlos, sacar tantos como los de exceso e incinerarlos.

Como lo impone el artículo 135 del Código Electoral, que establece:

“Artículo 135. Practicadas las diligencias prevenidas en el artículo anterior, se abrirá públicamente la urna en que fueron depositados los sobres y uno de los jurados los contará uno a uno; si hubiere un número mayor que el de ciudadanos que sufragaron, se introducirán de nuevo en la urna y después de moverlos para alterar su colocación, se sacarán a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente. En el acta de escrutinio se hará constar la circunstancia de que habla este artículo, con expresión del número de sobres excedentes.”

En otros términos se alegó la expedición irregular del acto de elección porque se omitió una etapa del procedimiento administrativo electoral.

Los actos electorales pueden demandarse por las causales especiales establecidas en los artículos 223, 227 y 228 y por las generales del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 84 prevé que los actos administrativos pueden anularse, entre otras circunstancias, cuando se expiden en forma irregular.

El vicio de la expedición irregular se configura cuando se desconocen las reglas establecidas para la formación del acto administrativo, ya porque no se cumple con alguna formalidad en el trámite previo, ora porque se desconoce la forma en la que, según la ley, debe dictarse.

En el procedimiento de formación del acto pueden darse 2 clases de irregularidades, unas relevantes o sustanciales y otras irrelevantes o

accidentales. Son relevantes aquellas que tienen la suficiencia para alterar el sentido de la decisión e irrelevantes aquellas otras que no inciden en éste.

Sólo las primeras son capaces de estructurar el vicio de la expedición irregular, en términos generales, por virtud del principio de legalidad con arreglo al cual se cumple la función pública administrativa y, de manera especial, tratándose de actos electorales, por virtud del principio de eficacia del voto establecido en el numeral 3 del artículo 1º del Código Electoral.

El demandante adujo que la omisión de implementar el proceso establecido en el artículo 135 del Código Electoral vició de ilegalidad el acto de elección. Pero como quedó analizado en el aparte anterior (falsedad por razón de las diferencias entre los Formularios E- 11 y E - 14) la citada irregularidad no estructura una causal de anulación porque el hecho de que no se hubieran incinerado los 7 votos de más, no afectó el resultado electoral, pues como quedó precisado si éstos hubieran sido a favor del demandado, y se le descontaran, mantendría la diferencia que lo erigió en gobernador.

Corolario de lo anterior el cargo no tenía vocación de prosperidad.

3.5. La violación de la norma superior en cuanto el acto de elección consideró los votos depositados en la mesa 6 del municipio de Providencia no obstante que se hallaba acreditada la diferencia entre los Formularios E – 11 y E – 14

En los recursos de apelación (del demandante y del Partido Liberal Colombiano) se insistió en que, en la medida en que el número de votos contabilizados una vez se abrió la urna de la mesa 6 del municipio de Providencia no coincidía con el de votantes registrado en el Formulario E –

11, el Consejo Nacional Electoral debió abstenerse de considerarlos al momento de declarar la elección, tal como lo hicieron sus Delegados en el acto de escrutinio general y, en cuanto no lo hizo, violó las normas superiores.

Sobre este particular la Sala es del criterio que la actuación del Consejo Nacional Electoral se avino a las normas superiores pues si bien en el escrutinio general adelantado por sus delegados (Comisión Escrutadora Departamental), se presentó un desacuerdo acerca de la forma como debía procederse respecto de las diferencias evidenciadas en los Formularios E – 11 y E – 14 de la mesa 6 del municipio de Providencia, en cuanto uno de ellos consideraba que debía darse aplicación al artículo 135 y el otro que la citada mesa debía excluirse del cómputo de votos, el Consejo no podía proveer sobre esa irregularidad, porque una vez se escrutaron los votos, se conoció el sentido de la decisión de los sufragantes y se consolidó el resultado en el Acta de los Jurados (Formulario E – 14), la respectiva irregularidad se convirtió en una falsedad electoral que sólo podía ser considerada por el Juez Contencioso Administrativo.

Ello porque si bien el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para apreciar cuestiones de hecho y de derecho, y resolver los desacuerdos que se presentan entre sus delegados, esa atribución se circunscribe a las diferencias que se susciten al momento de decidir sobre las reclamaciones que, con base en el artículo 192 del Código Electoral, se presentan por primera vez en el escrutinio que éstos adelantan y/o sobre los recursos presentados contra los actos que resuelven sobre las reclamaciones radicadas en el escrutinio de mesa o en el municipal.

Siendo así las cosas, el Consejo Nacional Electoral no podía ordenar el procedimiento establecido en el artículo 135 del Decreto Ley 2241 de 1986, ni excluir los votos de la mesa 6 del municipio de Providencia del cómputo general.

En suma el cargo así propuesto no tenía vocación de prosperidad.

4. La conclusión

En la medida en que ninguno de los cargos alegados en la demanda tenía vocación de prosperidad y que el Tribunal Administrativo de San Andrés Providencia y Santa Catalina denegó las pretensiones de la demanda, se impone confirmar la sentencia recurrida.

III. LA DECISIÓN

Por 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,

FALLA:

Se confirma la sentencia del 26 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de nulidad contra el acto de elección del señor PEDRO CLAVEL GALLARDO FORBES, como Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el periodo 2008-2011

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente
(Con aclaración de voto)

SUSANA BUITRAGO VALENCIA MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario