

DECLARATORIA DE ELECCION - Naturaleza del acto / DECLARATORIA DE ELECCION - Improcedencia de la acción de tutela por existir otro medio para cuestionar su legalidad

La declaratoria de elección expedida por la comisión escrutadora es un acto puramente declarativo, que acredita el hecho de la elección y la situación jurídica del elegido, reconoce derechos de carácter particular y concreto que no puede ser modificado por ninguna autoridad administrativa pues carecen de competencia legal para ello, por lo tanto su legalidad debe ser controvertida por la vía de la acción contenciosa electoral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Efectivamente, la Sala encuentra que la acción de nulidad contra actos de contenido electoral, es el medio idóneo para controvertir la legalidad del acto de declaración de elección del candidato Carlos Julio Tamín Valencia pues en ejercicio de ella tiene la posibilidad de solicitar las medidas cautelares previstas en los artículos 152, 275 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo y el 238 de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 152 NUMERAL 5 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 275 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00428-01(AC)

Actor: LUIS ALBERTO GONZALEZ CONTRERAS

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y OTROS

Decide la Sala la impugnación formulada por el actor contra la providencia de 24 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negó por improcedente la presente acción de tutela.

ANTECEDENTES

Luis Alberto González Contreras interpuso acción de tutela contra el Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil y Registraduría Distrital del Estado Civil con el fin de obtener la protección del derecho fundamental a elegir y ser elegido.

PRETENSIONES

Las concreta así:

“...declarar La NULIDAD DEL ACTO DE DECLARATORIA DE ELECCION, de la lista inscrita por el grupo significativo de ciudadanos “progresistas”, a la J.A.L. de Bosa de Bogotá D.C. conformada por el ciudadano Carlos Julio Tamín Valencia, efectuada por la respectiva Comisión Escrutadora Zonal.

Y ORDENAR a la Organización Electoral conformada por el Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil, que como consecuencia de la anterior, se:

DECRETE el restablecimiento de la Comisión Escrutadora Zonal, se excluyan del cómputo general de votos los depositados a favor de la lista inscrita por el Grupo significativo de ciudadanos “Progresistas” y se ordene la realización de un nuevo escrutinio y declaratoria de elección.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se resumen así:

El 30 de octubre de 2011 se realizaron elecciones de autoridades locales en todo el territorio nacional con el fin de elegir por voto popular a los Gobernadores, Alcaldes, miembros de las Corporaciones Públicas en Asambleas Departamentales, Concejos y Juntas Administradoras Municipales y Distritales, para el período constitucional 2012-2015.

En la localidad 7 de Bosa, se inscribieron 12 listas de candidatos a ediles para conformar la Junta Administradora Local, registradas por partidos con personería jurídica vigente y capacidad de avalar, así como por grupos significativos de ciudadanos por medio del proceso de recolección de firmas, en los que se encuentra el denominado grupo “Progresistas”, que postuló al ciudadano Carlos Julio Tamín Valencia.

Mediante Resolución No. 02 del 29 de septiembre de 2011 proferida por la Registraduría del Estado Civil se dejó sin efecto la inscripción del ciudadano Tamín Valencia, en razón a que no obtuvo el número de firmas ciudadanas requeridas por la ley para formalizar la inscripción de su candidatura.

Contra la anterior decisión se presentó acción de tutela por parte de los afectados, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y derecho a elegir y ser elegido.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de tutela del 26 de octubre de 2011, accedió al amparo de los derechos invocados por el actor, y en consecuencia lo habilitó para participar como candidato a nombre del grupo significativo de ciudadanos “progresistas”, para la JAL de la localidad de Bosa de la circunscripción electoral del Distrito Capital de Bogotá.

El 30 de octubre de 2011, en virtud del fallo de tutela anterior el ciudadano Carlos Julio Tamín Valencia participó en el proceso de elección popular obteniendo 8.475 votos, lo que le significó la asignación y declaratoria de elección de una curul de

las nueve curules posibles, por haber sido el único ciudadano inscrito por ese grupo.

Luego de ocurridas las elecciones, el proceso de escrutinio y la consecuente declaratoria de elegidos, la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante providencia de fecha 16 de diciembre de 2011, revocó el fallo del 26 de octubre de 2011 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y declaró improcedente la acción de tutela interpuesta.

Sin embargo no ha sido posible dar cumplimiento a lo ordenado en dicho fallo en razón a la firmeza del acto administrativo proferido por la Registraduría del Estado Civil mediante el cual declaró elegido a Carlos Julio Tamín Valencia como Edil de la Junta Administradora Localidad 7 de Bosa en el Distrito Capital, para el período Constitucional 2012 – 2015, en representación del grupo significativo de ciudadanos "Progresista".

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Registraduría Distrital del Estado Civil

La Registradora Distrital del Estado Civil mediante escrito que obra a folio 68 a 76 dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

Se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que es la Comisión Escrutadora respectiva la encargada de expedir la credencial del Edil de acuerdo con lo consagrado en la ley 163 de 1994, artículo 7 inciso tercero (3) y no la Registraduría Distrital del Estado Civil.

Afirma, que no es la Entidad competente para decretar el restablecimiento de la comisión escrutadora zonal, pues tal comisión es constituida pro tempore por mandamiento legal, para cada certamen electoral sin estar la Registraduría facultada para restablecer o convocar la comisión escrutadora.

En el caso en estudio debió haberse interpuesto la acción electoral, para que se declare la nulidad de la elección de la Junta Administradora Local de Bosa, razón por la cual debe declararse improcedente la acción de tutela interpuesta.

Consejo Nacional Electoral

El asesor jurídico de la entidad en informe que obra a folios 112 a 116 dio respuesta a la acción constitucional en los siguientes términos:

Se configura la falta de legitimación en la causa pasiva, en razón a que el Consejo Nacional Electoral no tiene intervención en las comisiones escrutadoras, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 157 del Código Electoral, Decreto 2241 de 1986.

La acción procedente es extemporánea en razón que el fallo data del 16 de diciembre del 2011, y el término de caducidad de la acción electoral es de 20 días contados desde la declaratoria de la elección.

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir la legalidad del acto administrativo de declaración de elección del candidato de la lista inscrita por el grupo significativo de ciudadanos "Progresista".

Registraduría Nacional del Estado civil

El jefe de la Oficina Jurídica en informe que obra a folios 117 a 124 contestó la presente acción constitucional en los siguientes términos:

De acuerdo con el Código Electoral los resultados oficiales de la elección solo son aquellos que se generan una vez concluya el proceso de escrutinio, a cargo de las comisiones escrutadoras y el Consejo Nacional Electoral según sea el caso.

Con base en los resultados de los escrutinios, les corresponde a las comisiones expedir la declaratoria de elección, tanto para cargos uninominales como para corporaciones públicas, dicho acto administrativo es demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El acto declaratorio de la elección proferido por una comisión escrutadora, reconoce derechos de carácter particular y concreto que no pueden ser modificados por ninguna autoridad administrativa.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera - Subsección "B" en sentencia del 24 de octubre de 2012, declaró improcedente la petición de amparo, dado que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo es la acción de nulidad electoral.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión anterior el demandante la impugnó en los siguientes términos:

Afirma el demandante que no fue posible ejercer la acción electoral como lo señala el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en razón a que el fallo del Consejo de Estado se profirió el día 16 de diciembre de 2011, notificado el 17 de mayo de 2012 luego de los comicios electorales impidiendo solicitar la nulidad del acto declaratorio de la elección, con lo que se violaron sus derechos fundamentales al no poder ocupar el cargo de elección popular por la irregularidad de las listas inscritas por el grupo "progresistas" en las elecciones a la JAL de la localidad de Bosa, pues al haber una votación que no debía figurar por la falta de requisitos para la inscripción de la candidatura de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 130 de 1994 se afectó la debida aplicación del umbral para la adjudicación de curules.

Por lo anterior solicita se revoque el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 24 de octubre de 2012 y como consecuencia se tutele su

derecho a elegir y ser elegido, así como el derecho al trabajo en igualdad de condiciones.

CONSIDERA

El presente asunto se contrae a establecer si existió vulneración de los derechos a elegir y ser elegido cuya amenaza o violación se examina para adoptar la decisión a que haya lugar, previo el siguiente razonamiento:

La acción de tutela fue concebida en el artículo 86 de la Constitución Política como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta Corporación en reiteradas oportunidades ha manifestado que la acción de tutela ha sido consagrada con el fin de amparar los derechos fundamentales constitucionales ante su real y efectiva vulneración o posible e inminente amenaza, y no para obtener la declaración de los mismos. Es una institución residual a la que no le está dado desconocer el principio del juez natural, y por lo tanto debe ceñirse al ordenamiento jurídico vigente, lo cual significa que no puede promoverse como un medio judicial alterno a los consagrados en la ley, encaminado a obtener la protección de los derechos demandados ante las jurisdicciones que nos rigen.

En el presente asunto el actor considera vulnerado su derecho fundamental a elegir y ser elegido al haberse aceptado la inscripción y la participación en el proceso electoral del 30 de octubre de 2011, al candidato Carlos Julio Tamín Valencia y no dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado que declaró improcedente la tutela interpuesta por el candidato citado que le permitió quedar inscrito en las elecciones de octubre 30 de 2012, resultando elegido con lo que le afectó la debida aplicación del umbral y cifras repartidoras, procedimiento establecido para la adjudicación de curules al contar una votación que no podía figurar por falta de requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 130 de 1994.

Pretende el actor que se declare la nulidad del acto de declaratoria de elección del candidato Carlos Julio Tamín Valencia de la lista inscrita por el grupo significativo de ciudadanos "progresistas" a la Junta Administradora Local de Bosa - Bogotá D.C., y se ordene a la Organización Electoral el restablecimiento de la Comisión Escrutadora Zonal, para realizar un nuevo escrutinio y declaratoria de elección.

La declaratoria de elección expedida por la comisión escrutadora es un acto puramente declarativo, que acredita el hecho de la elección y la situación jurídica del elegido, reconocederechos de carácter particular y concreto que nopuede ser modificado por ninguna autoridad administrativa pues carecen de competencia legal para ello, por lo tanto su legalidad debe ser controvertida por la vía de la acción contenciosa electoral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Efectivamente, la Sala encuentra que la acción de nulidad contra actos de contenido electoral, es el medio idóneo para controvertir la legalidad del acto de declaración de elección del candidato Carlos Julio Tamín Valencia pues en ejercicio de ella tiene la posibilidad de solicitar las medidas cautelares previstas en

los artículos 152, 275 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo y el 238 de la Constitución Política.

Es decir, el actor tuvo a su alcance un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de los derechos que estima conculcados, pues dicha jurisdicción es la competente para juzgar su legalidad o ilegalidad y ese mecanismo no puede ser desplazado por la acción de tutela.

Existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la acción de tutela se convierte en un mecanismo residual y subsidiario siempre que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable, el cual no está demostrado dentro de la presente acción, de tal manera que el ejercicio de la misma, para la protección del derecho que se considera vulnerado, es improcedente.

Así las cosas, debía el actor probar la existencia del perjuicio irremediable. No basta la sola afirmación para que proceda la acción como mecanismo transitorio. En este caso, se repite, no se probó la ocurrencia del mencionado perjuicio, que ha sido definido por la Corte Constitucional como el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior.

Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando este sea inminente, es decir que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; cuando las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; que el daño o menoscabo sea grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela es impostergable. (Sentencia T-348/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes M.).

Coincide la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación en señalar que cuando la ley ha establecido otras posibilidades de acudir ante los jueces, siempre que sean eficaces para la defensa de los derechos comprometidos, no cabe en principio la acción de tutela.

Adicionalmente, se debe recordar que un presupuesto indispensable para la configuración del perjuicio irremediable que dé lugar a conceder la protección constitucional, lo constituye la clara violación de un derecho fundamental. Si dicha vulneración no resulta probada, es imposible acceder a la tutela invocada.

Igualmente se ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección en cuanto no debe tomar el lugar de los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Sólo, en el evento de que el juez constitucional a través de una valoración que debe hacerse en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la situación de la persona eventualmente afectada con la acción u omisión, determine que no existe mecanismo alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley procede la acción de tutela, situación que no ocurre en el presente asunto

Ahora bien, respecto a la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos, esta Sala de decisión ha compartido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“En punto a verificar tales condiciones de procedibilidad, la Sala observa que **las decisiones administrativas pueden, en efecto, llegar a ser en extremo gravosas para el sujeto jurídico llamado a soportarlas, pero esa circunstancia por sí sola no implica que tales consecuencias deban ser calificadas como un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo.** De manera que el perjuicio irremediable no puede establecerse a partir del grado de adversidad que soporte el sujeto jurídico como consecuencia de una decisión administrativa sino por la contrariedad de ésta con el orden constitucional.

Al respecto, **es claro que hasta tanto no se identifique una actuación arbitraria -vía de hecho- que genere dichas consecuencias, ha de entenderse que las mismas son solo el resultado de la aplicación del orden legal;** una interpretación distinta que señalara el ejercicio de la función administrativa como una amenaza a los derechos desconocería elementales principios de derecho administrativo y constitucional...”¹ (negritas fuera de texto)

Siendo así, es en virtud del rompimiento de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos que puede predicarse la existencia de una vía de hecho en su contenido o producción; no obstante, se reitera, dicho rompimiento es viable únicamente a través del ejercicio de las acciones ordinarias dispuestas por la ley porque es al juez contencioso a quien le corresponde en últimas estudiar la legalidad de las actuaciones administrativas.

De la vulneración del derecho al trabajo en igualdad de condiciones alegado por el actor entendida como la exclusión de toda discriminación o privilegio por razones ideológicas, económicas, sociales, de sexo, o de raza, en los procesos de participación en la vida del partido o movimiento, transgresión que en el presente caso no se manifiesta que haya ocurrido en el proceso electoral del candidato actor de la tutela

En consecuencia, la acción es improcedente, pues de conformidad con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la misma no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de los derechos que alega violados.

Sentadas las anteriores consideraciones la Sala **REVOCARÁ** la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor LUIS ALBERTO GONZALEZ CONTRERAS y en su lugar la **RECHAZARÁ** por improcedente.

¹ Sentencia T-145 de 2004.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

REVÓCASE la providencia impugnada, proferida el 24 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por LUIS ALBERTO GONZALEZ CONTRERAS contra el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y REGISTRADURÍA DISTRITAL DEL ESTADO CIVIL.

En su lugar, **RECHÁZASE POR IMPROCEDENTE**

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO