

NULIDAD ELECTORAL - Obligación de agotar el requisito de procedibilidad tratándose de diferencias entre formularios E14 y E24 / DIFERENCIAS ENTRE FORMULARIOS E14 Y E24 - Se debe identificar zona, puesto y mesa, el candidato su lista y los guarismos obtenidos en los formularios E14 y E24 / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - La solicitud que no determine zona, puesto y mesa en la que ocurrió la irregularidad no lo satisface / EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Se encuentra probada

Agotar debidamente el requisito de procedibilidad como presupuesto procesal para instaurar el contencioso electoral implica que las censuras de las cuales en vía judicial se acuse al acto de elección, estén incluidas, correspondan o coincidan con aquellos mismos reproches puestos en conocimiento de la autoridad administrativa electoral correspondiente. Frente a este punto considera la Sala de interés y oportuno hacer precisión y claridad en el sentido de que tanto el sometimiento a examen ante la autoridad administrativa electoral de las irregularidades presentes en la votación o en el escrutinio, presuntamente constitutivas de nulidad (son entonces motivos diferentes a las causales de reclamación del Código Electoral, artículo 192), como el concepto de violación que se plantee en la demanda de nulidad electoral, deben contener una exposición precisa que identifique el motivo específico al cual se atribuya la causal de nulidad que se considera subyace en el acta, en el registro, en el resultado, en el formulario, etc. Entonces, ni vía administrativa ni posteriormente vía judicial, resulta válido que en la actuación administrativa se haya pedido una revisión general de todos los resultados sin señalar la causa o el motivo de tal solicitud. Es indispensable que se precise en qué aspecto y en qué motivo radica la necesidad del recuento que se reclama y en cuál mesa, puesto, zona se presenta y por qué. De la misma manera vía judicial no es de recibo, y a fin que el pronunciamiento definitorio del juez pueda ser de mérito, que se aleguen en abstracto o de manera general reproches contra la votación o el escrutinio, sin identificar en la demanda con claridad y precisión qué aspecto en específico radican los motivos de nulidad que se atribuyen y en qué etapa del proceso administrativo electoral y por cuál razón solicitó vía administrativa el recuento de votos, sin obtener solución al reclamo elevado. En ambos casos, vía administrativa y vía judicial, indicar en concreto dónde y en qué radican los motivos de nulidad que se atribuyen a la decisión, es una carga que pertenece al resorte del peticionario y del demandante, respectivamente. Por lo tanto, sobre los motivos de nulidad que no estén contemplados en las peticiones previas que se dirigieron a la autoridad administrativa electoral pertinente, no podrá pronunciarse el juez de lo electoral, por falta de agotamiento del citado requisito, que se constituye por mandato Superior, en presupuesto procesal de la acción en el contencioso electoral. La Sala insiste en dejar claro que no hace falta que el mismo demandante haya sido quien presentó ante la autoridad administrativa electoral la reclamación constitutiva de causal de nulidad, pero lo que sí es requisito sine qua non es que coincidan, que haya identidad de causa petendi entre lo reclamado administrativamente y lo demandado judicialmente. En el sub lite ocurre que las anomalías planteadas en la demanda no coinciden con las que alegó la entonces candidata Mayor Rebellón. En consecuencia, se evidencia que los demandantes no agotaron el requisito de procedibilidad respecto al motivo de nulidad que proponen, consistente en que existieron irregularidades de diferencias entre los formularios E-14 y E-24 y respecto a la votación que realmente debieron haber registrado. De lo discurrido en precedencia se tiene que se modificará la sentencia apelada, para, en su lugar, declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de las mesas acusadas en las demandas; y negar las demás pretensiones de las demandas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01849-02

Actor: DAVID ALEJANDRO MURCIA Y OTRO

Demandado: DIPUTADA A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA

Se resuelve el recurso de apelación que interpusieron los señores David Alejandro Murcia Mesa y Arleidon Arcos Rivas contra la sentencia de 3 de julio de 2013, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que dispuso negar las pretensiones de las demandas acumuladas.

I. ANTECEDENTES

A.- Demandas

1. **Pretensiones de las demandas**

1.1- DAVID ALEJANDRO MURCIA MESA (rad. 2011-01856-01)

A través de apoderado, demandó en acción de nulidad electoral con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare la nulidad del acto administrativo proferido por la Comisión Escrutadora Departamental del Valle del Cauca el día 18 de noviembre de 2011, mediante el cual se declaró la elección de los Diputados del Departamento del Valle del Cauca, solamente en cuanto a la elección de la señora LILIANA MAYOR REBELLON, candidata número 54 del partido (sic) Cambio Radical, en razón de haberse incurrido en fraude electoral, consistente en falsedad en el cómputo de votos de la mencionada candidata en el curso del proceso de escrutinios, no haberse firmado las actas por el número mínimo de jurados exigido por la ley y otras irregularidades, que se demostrarán en el curso del proceso.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el auto número 72 del 14 de noviembre de 2011, mediante el cual se decidió la petición de saneamiento de nulidad y agotamiento de requisito de

procedibilidad presentado por la candidata Liliana Mayor Rebellón, mediante apoderado ante la Comisión Escrutadora Departamental, el día 15 de noviembre de 2011, notificada el 18 de noviembre del mismo año, por las razones que se expondrán adelante.

TERCERA. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el auto número 7 del 3 de noviembre de 2011, mediante el cual se decidió la petición de saneamiento de nulidades y agotamiento de requisito de procedibilidad presentado por el aquí demandante, ante la Comisión Escrutadora Departamental.

CUARTA. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el auto número 49 del 12 de noviembre de 2011, mediante el cual se decidió la petición de saneamiento de nulidades y agotamiento de requisito de procedibilidad presentado por el aquí demandante, ante la Comisión Escrutadora Departamental.

QUINTA. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el auto número 50 del 12 de noviembre de 2011, mediante el cual se decidió la petición de saneamiento de nulidades y agotamiento de requisito de procedibilidad presentado por el aquí demandante, ante la Comisión Escrutadora Departamental.

QUINTA (sic). Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene efectuar el escrutinio correspondiente, ordenando excluir los votos que en forma fraudulenta le fueron computados a la candidata número 54, LILIANA MAYOR REBELLON y que se computen a favor del candidato número 53, David Alejandro Murcia Mesa, los votos que por falsedad en los resultados, exclusión de meses por falta del mínimo de firmas de jurados exigidos por la ley y demás irregularidades que resulten demostradas en el presente proceso, le fueron disminuidos, sin ninguna justificación y que se disponga la cancelación de la credencial de la candidata número 54 del mismo partido, como diputada (sic) del Departamento del Valle del Cauca.

Que se comunique a la Registraduría General de la Nación (sic), al Consejo Nacional Electoral y demás autoridades a que haya lugar, la decisión adoptada para su cumplimiento”.

1.2- ARLEIDON ARCOS RIVAS (rad. 2011-01849-00)

En nombre propio instauró demanda de nulidad electoral en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1. Que es nulo el acto administrativo de fecha 18 de noviembre de 2011, mediante el cual se declaró la elección a la señora LILIANA MAYOR REBELLON, candidata número 54 del partido Cambio Radical, teniendo en cuenta los fundamentos que más adelante se explicarán;

2. Que es nulo el Auto número 72, toda vez que está fechado 14 de noviembre de 2011 y en él se resuelve en la Comisión Escrutadora Departamental, una petición radicada el 15 del mismo mes y año que instauró el Dr. Armando González como abogado de la señora LILIANA MAYOR.

3. Que se excluyan los votos que se computaron o disminuyeron al escrutinio general mediante Auto 72 antes nombrado ye (sic) en consecuencia se vuelva a llevar a cabo el escrutinio real de las mocionadas elecciones.

4. Que una vez se deje sin valor el Auto 72, ya citado, se tenga en cuenta que se cometieron falsedades en los registros electorales y con ello se incurrió en la alteración de los resultados contenidos en las actas de escrutinio, por alteración fraudulenta de los resultados reales”.

3. Hechos comunes a las dos demandas

1.- El 30 de octubre de 2011, se llevó a cabo la elección de diputados del Departamento del Valle del Cauca para el período 2012-2015. Fueron elegidos por el Partido Cambio Radical David Alejandro Murcia Mesa (código 53) y Liliana Mayor Rebellón (código 54), con una votación de 13939 y 13909 respectivamente.

2.- Por Autos N° “7, 49 y 50, de fechas 3 y 12 de noviembre”, la Comisión Escrutadora Departamental rechazó las reclamaciones¹ interpuestas por el candidato N° 004-53, en las que alegó irregularidades en los formularios E-14 y E-24 de los Municipios de San Pedro, Cali y Buga, y dio por agotado el requisito de procedibilidad.

3.- La legalidad del Acto de Elección de 18 de noviembre de 2011 está afectada, debido a la ausencia de firmas de los jurados de votación en los formularios E-14 de las siguientes mesas:

Cuadro 1

MUNICIPIO	ZONA	PUESTO	MESA	Número de firmas de jurados de votación
Cali	02	05	014	1
	17	03	020	0
Buenaventura	04	02	008	1
	99	13	001	1
El Cerrito	02	01	012	0
	02	02	002	1
	99	29	001	0

¹ No identificó las solicitudes.

Florida	01	03	002	1
---------	----	----	-----	---

4.- Se presentaron diferencias injustificadas en los formularios E-14 y E-24, que generó que la votación del candidato N° 004-53 disminuyera y la de la demandada aumentara, conforme al siguiente cuadro:

Cuadro 2

MUNICIPIO	ZONA	PUESTO	MESA	E-14 (004-053)	E-24 (004-053)	DIFERENCIA
				DAVID ALEJANDRO MURCIA MESA		
Cali	03	03	009	4	3	-1
	05	04	016	1	0	-1
	06	01	021	4	3	-1
	08	02	017	1	0	-1
	08	04	014	12	2	-10
	09	03	021	5	4	-1
	09	04	005	3	2	-1
	09	06	006	2	0	-2
	11	03	024	3	0	-3
	12	05	009	10	0	-10
	14	04	003	2	0	-2
	14	04	014	2	0	-2
	16	02	005	3	0	-3
	16	04	002	4	3	-1
	17	03	007	5	0	-5
	17	03	023	1	0	-1
	18	03	002	3	2	-1
	19	04	001	8	6	-2
	20	01	009	3	0	-3
	20	01	012	15	5	-10
	20	03	004	3	1	-2
	22	01	002	2	0	-2
	22	04	023	1	0	-1
	22	07	001	4	0	-4
24	01	003	2	0	-2	
24	01	018	4	3	-1	

	24	01	026	4	1	-3
	25	01	015	7	3	-4
	25	03	002	4	0	-4
	26	08	006	2	0	-2
	28	04	006	3	1	-2
	29	03	007	1	0	-1
	30	03	023	2	1	-1
	90	01	005	1	0	-1
	99	37	001	6	0	-6
Alcalá	00	00	004	1	0	-1
Buenaventura	03	02	003	3	2	-1
	03	05	025	3	2	-1
	90	01	002	1	0	-1
Caicedonia	02	03	003	4	0	-4
	02	03	010	5	0	-5
El Cerrito	01	01	005	1	0	-1
	01	02	002	1	0	-1
	02	02	003	2	0	-2
	99	15	011	2	0	-2
	99	15	012	1	0	-1
Palmira	02	02	001	2	0	-2
	06	04	013	2	0	-2
Tuluá	01	01	022	1	0	-1
	02	01	008	2	1	-1
	03	02	019	9	7	-2
Yotoco	99	17	002	5	0	-5
Yumbo	02	01	008	2	1	-1
	02	02	004	1	0	-1
	03	06	015	1	0	-1
TOTAL				186	53	-133

Cuadro 3

MUNICIPIO	ZONA	PUESTO	MESA	E-14 (004-054)	E-24 (004-054)	DIFERENCIA
				LILIANA MAYOR REBELLON		

Cali	03	04	014	0	1	+1
	17	02	014	1	2	+1
	18	04	019	0	1	+1
	19	05	002	0	1	+1
	20	03	001	0	1	+1
	24	02	018	1	2	+1
Alcalá	00	00	004	6	8	+2
	00	00	013	6	7	+1
	99	01	001	2	4	+2
Buenaventura	02	01	022	2	3	+1
	03	05	025	0	2	+2
	06	02	008	5	6	+1
	06	03	001	0	1	+1
	90	01	017	2	4	+2
Buga	01	04	011	0	1	+1
	01	04	014	2	3	+1
Caicedonia	02	03	003	0	4	+4
Calima - Darien	00	00	010	6	17	+11
Palmira	01	04	004	0	4	+4
Toro	00	00	003	0	4	+4
TOTAL				33	76	+43

5.- Con escrito del 15 de noviembre de 2011 la demandada presentó solicitud de saneamiento de nulidades electorales y de corrección de diferencias entre los formularios E-14 y E-24 respecto de varias mesas, a la cual le accedió la Comisión Escrutadora Departamental con auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 que publicó el 18 noviembre siguiente. En dicho auto la Comisión ordenó corregir los guarismos de las mesas denunciadas por la entonces candidata, y dio por agotado el requisito de procedibilidad. Resolverle anticipadamente y a su favor la solicitud de la entonces candidata Liliana Mayor, constituye fraude.

6.- Como en dicho auto N° 72 la Comisión dio por agotado el requisito de procedibilidad en relación con lo solicitado por la entonces candidata, este agotamiento se produce para todos aquellos que pretendan demandar.

3.1- Hechos especiales de la demanda 2011-01856-(01)

1.- A la reclamación que presentó mediante apoderado la señora Mayor Rebellón nunca se le dio publicidad que permitiera ejercer el derecho de defensa o controvertirla por parte de los demás candidatos, ni se corrió traslado de la misma a quienes podrían resultar afectados.

2.- La Comisión dejó constancia, en el momento de la publicación del Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011, que contra él no procedía recurso.

3.- Después de la firma de los escrutadores el señor David Murcia presentó “denuncias” por “falsedades cometidas sobre los registros electorales” (E-14 y E-24), teniendo en cuenta que solo hasta el momento en que los documentos llegaron a la Comisión Escrutadora Departamental “se pudo constatar que habían sido manipulados... haciendo en ellos adulteraciones que ya reflejaban diferencias de votos”.

3.2- Hechos específicos del expediente 2011-01849-01

1.- Con el Auto N° 72 de 14 de noviembre de 2011 se le sumaron injustificadamente votos a la accionada, con lo que se “alteraron” los valores de los formularios E-24 y E-26.

2.- La Comisión Departamental solo revisó algunas de las mesas de votación que fueron objeto de la reclamación de la demandada, del 15 de noviembre de 2011, con lo que se le benefició con el aumento de su votación.

4. Fundamentos jurídicos de las demandas

En criterio de los accionantes, los actos acusados infringieron los artículos 223-2 y 3 del Código Contencioso Administrativo; 175 y 186 del Código Electoral; 5 párrafo 2º de la Ley 163 de 1994; 29, 40 y 228 de la Constitución Política; y la Resolución 4121 de 2011 del Consejo Nacional Electoral.

Arguyen que el acto de elección tuvo en cuenta registros falsos o apócrifos, y que al candidato del partido Cambio Radical N° 004-53 le descontaron injustificadamente 133 votos², mientras que a la demandada le sumaron 43³,

² Ver cuadro 2.

irregularidades que “aparecieron después de hacerse la declaración de elección, pues nunca se pusieron a disposición de las partes los documentos electorales”.

Que los formularios E-14⁴ no fueron firmados al menos por dos de los jurados de votación, como lo dispone el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 163 de 1994, de suerte que deben ser excluidos 49 votos correspondientes a las mesas en donde se presentó la irregularidad.

En la demanda que dio origen al proceso 2011-01856 se agregó como concepto de violación que el acto de elección desatendió la Resolución 4121 de 2011 del CNE y se configuró “una nulidad de rango constitucional, por violación al debido proceso consagrado en el artículo 29” Superior⁵, con ocasión del Auto N° 72 de la Comisión Escrutadora Departamental, pues fue expedido un día antes de la presentación de la solicitud que éste resuelve. Entonces se está “frente a una falsedad que da a entender que ya se había hecho la respuesta y luego se legalizó la petición”, lo cual constituye además una falsa motivación, situaciones éstas que afectan la legalidad del acto acusado.

Que como candidato no pudo acceder al contenido de la reclamación, pues tan solo pudo conocer qué decisión tuvo ésta, el mismo día de la declaratoria de la elección, y que dicho Auto no era pasible de recurso. Que debido a que la Comisión Escrutadora Departamental fue disuelta luego de publicar el Auto N° 72, no pudo impugnarlo. Que a pesar de esto, logró que le recibieran una última reclamación “la cual no le fue resuelta, pues ya quedaba fuera de término”, es decir, por extemporánea (fl. 1243 c. 2011-01856-01).

Agrega que los autos Autos N° 7, 49 y 50 de la Comisión Escrutadora Departamental son de carácter definitivo y por lo mismo pasibles de ser anulados. Además considera que con tales decisiones se acredita el cumplimiento del parágrafo del artículo 237 Superior.

Finalmente, en un acápite llamado “JURISPRUDENCIA - PRECEDENTE”, transcribió apartes de providencias de esta Corporación sobre causales objetivas

³ Ver cuadro 3.

⁴ Ver cuadro 1.

⁵ Se apoyó en las sentencias C-983 de 2010 y C-372 de 1997.

de nulidad electoral, falsedad en los documentos electorales⁶; aplicación de las causales generales de nulidad en el proceso electoral⁷ y requisito de procedibilidad⁸.

5. Contestaciones

La demandada se opuso a las pretensiones y sobre los hechos adujo que unos eran ciertos y otros no.

5.1- Contestación sobre aspectos comunes de las dos demandas

Señaló que la fecha del Auto N° 72, que es anterior a la solicitud que resuelve, corresponde a un error de digitación que no afecta el fondo del asunto. Además, que el mismo se publicó el 18 del mismo mes, con lo cual se garantizaron el debido proceso y el derecho de defensa. Aclaró que los Delegados no sesionaron el 14 de noviembre de 2011, fecha del auto acusado, por lo que era imposible la expedición de éste ese día, hecho que refuerza el argumento que solo se trata de un yerro involuntario.

Que el actor no probó que se trate de una situación voluntaria o dolosa, ni se quejó del contenido del acto administrativo, y como la inconsistencia de la fecha responde a un “lapsus calami”, no se afecta la legalidad de la elección.

Alega que de acuerdo al artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 y jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, se trata de un “error formal” que no genera falsa o errónea motivación. Los elementos esenciales de validez y eficacia del acto administrativo están presentes en el Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011, así: i) Organo

⁶ Expediente N° 25000-23-24-000-2000-0830-01(2716), 7 de diciembre de 2001, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; Expediente N° 20001-23-31-000-2000-1501-01(2788), 16 de agosto de 2002, Sección Quinta, C.P. Mario Alario Méndez.

⁷ Expediente N° 11001-03-28-000-2001-0035-01(2561), 25 de enero de 2002, Sección Quinta, M.P. Darío Quiñones Pinilla.

⁸ Expediente N° 110010328000201000045-00 y 110010328000201000046-00, 25 de agosto de 2011, Sección Quinta, C.P. Susana Buitrago Valencia.

⁹ Sentencia del 4 de agosto de 2011, expediente N° 47001-23-31-000-2001-00534-02 (17854), Sección Cuarta, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y sentencia de 20 de mayo de 2010, expediente N° 25000-23-25-000-2002-00491-01- (6323-05) Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

competente; ii) Voluntad administrativa; iii) Contenido; iv) Motivos; v) Finalidad y; vi) Forma. En consecuencia, no debe prosperar la nulidad del acto acusado.

Planteó la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento del requisito de procedibilidad, frente al cargo común de diferencia en los formularios E-14 y E-24 (cuadros 1 y 2), y consideró que “el Despacho debe inhibirse” porque no se agotó el requisito de procedibilidad¹⁰.

Respecto de la falta de firma de los jurados de votación en los formularios E-14 (cuadro 3), adujo que tal irregularidad debió haberse puesto en conocimiento de las Comisiones zonales o municipales y no ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo directamente¹¹.

Por último, presentó la excepción innominada y solicitó que “al momento de proferir sentencia, se sirva declarar de oficio todos los hechos exceptivos que sean advertidos y probados en el curso del proceso y que resulten favorables [a la accionada]”.

5.2- Respuesta a las censuras específicas solo de la demanda 2011-01856

Aseguró que el Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 de la Comisión Escrutadora Departamental es un acto definitivo, razón por la cual la persona afectada con la decisión puede acudir a la jurisdicción y controvertirlo. Que entonces, no es cierto que se haya violado el debido proceso por carecer de recursos tal decisión acusada.

Adujo que fue acertada la decisión de los Delegados del CNE de rechazar, por Autos N° 7, 49 y 50 “de fechas 3 y 12 de noviembre de 2011”, las solicitudes de revisión presentadas por el accionante, pues la instancia frente a la que debieron presentarse era la Comisión Escrutadora Municipal, pues a esa altura del escrutinio fue donde ocurrieron las irregularidades.

Agregó que con tales escritos el accionante no agotó el requisito de procedibilidad establecido en el parágrafo del artículo 237 Superior, comoquiera que no hizo

¹⁰ Al respecto cito jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, sentencia de 17 de noviembre de 1995, Expediente 1468, M.P. Miren de la Lombana de Magyaroff.

¹¹ Esto conforme a la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, expediente N° 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084), 6 de julio de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia.

referencia a ninguna de las causales de nulidad del artículo 223 del Código Electoral, sino que hizo una alusión genérica.

Propuso la excepción de inepta demanda por no aportarse copias auténticas y pidió desestimarlas.

5. Alegatos de conclusión

Las partes activa y pasiva reiteraron los argumentos expuestos en las demandas y en la contestación a las mismas, respectivamente.

6. Concepto del Ministerio Público en primera instancia

El Agente del Ministerio Público solicitó que se nieguen las pretensiones por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, con apoyo en la sentencia de 13 de diciembre de 2010, expediente N° 1101-03-28-000-2010-00076-00, Sección Quinta del Consejo de Estado, M.P. Mauricio Torres Cuervo, providencia que transcribió in extenso (folios 836 a 855).

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó la excepción de inepta demanda que la demandada fundó en que con el libelo no se aportaron en copia auténtica las pruebas documentales en las que se soportó la solicitud de nulidad. Consideró que las copias simples tienen pleno valor probatorio pues no fueron tachadas de falsas. Que adicionalmente, en el expediente 2011-01849 tales pruebas se aportaron en copia auténtica, que el Tribunal tuvo en cuenta para decidir los procesos acumulados, conforme al principio de la comunidad probatoria.

Frente al cargo de nulidad de los Autos N° 7, 49 y 50 proferidos por la Comisión Escrutadora Departamental, consideró que tampoco se agotó el requisito de procedibilidad, razón por la cual no realizó ningún análisis al respecto. Dijo que igualmente el actor omitió agotar el requisito de procedibilidad frente al Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 emanado de la citada Comisión. Que éste pretende acreditar este requisito con una reclamación que presentó la accionada, lo cual no es admisible, pues las irregularidades invocadas por ésta son diferentes a las que

se propusieron en la demanda.

Que si bien para acreditar la exigencia del párrafo del artículo 237 Superior no es necesario que el demandante sea quien haya presentado el escrito, sí se requiere que la inconsistencia que se alegó en la etapa de escrutinios sea igual a la que se formula ante la jurisdicción¹².

Conforme a la Resolución 4121 de 2011 del Consejo Nacional Electoral, por la cual se establece el procedimiento para tramitar solicitudes durante el escrutinio, no procedía recurso en contra del Auto N° 72 de 2011 proferido por la CED, situación que no puede considerarse violatoria del debido proceso, pues por el contrario, los interesados quedaban habilitados para concurrir a la jurisdicción.

Que el yerro en la fecha del Auto N° 72 responde a un “lapsus calami”, un error de digitación, que no afecta la validez ni el contenido del acto de elección acusado¹³, ni genera falsa motivación del mismo.

Respecto de los cargos de: falsedad y/o apocrifidad por diferencias entre los formularios E-14 y E-24 y, falta de firmas de jurados de votación (cuadro 3), el Tribunal concluyó que frente a los mismos no se agotó el requisito de procedibilidad, por lo que tampoco fueron objeto de estudio.

Finalmente consideró que no era aplicable al caso el precedente horizontal de la sentencia de ese Tribunal con radicado N° 2011-01882-00, porque el sustento fáctico de los procesos es diferente, pues “el presente asunto se trata de una elección de un integrante de un cuerpo colegiado de elección popular..., mientras que en el caso que se cita como precedente se circunscribió a una elección uninominal”.

Así las cosas, negó las pretensiones de las demandas acumuladas.

8. Recursos de apelación

¹² Señaló la sentencia de 13 de diciembre de 2010, expediente N° 2010-00076-00, Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

¹³ Citó la sentencia de 8 de septiembre de 2005, expediente N° 52001-23-31-000-2003-01806-01(3644), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

Los demandantes se opusieron a la decisión del a quo; en su lugar solicitaron que se revoque lo decidido y se acceda a las pretensiones.

Aseveran que es “sorprendente y preocupante” que el Tribunal haya tomado decisiones diferentes, con base en el mismo material probatorio, pues en el proceso 2011-01856 se dictó sentencia el 18 de abril de 2012 declarando la nulidad del Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 y de la elección de la demandada, y en el proceso 2011-01849 se dictó sentencia el 13 de junio de 2012 en el mismo sentido. Pero que debido a que por auto de 30 de enero de 2013 el Consejo de Estado declaró la nulidad procesal de todo lo actuado a partir del 20 de febrero de 2012 y devolvió los expedientes al Tribunal para que acumulara, luego de acumuladas las demandas y tramitado así el proceso, dictó esta nueva sentencia, en sentido contrario, con base en los mismos elementos probatorios.

Arguyen que sí agotaron el requisito de procedibilidad, en la medida que cualquier persona puede poner en conocimiento de las autoridades administrativas electorales la existencia de irregularidades en las votaciones o en los escrutinios¹⁴. Que en este caso, la solicitud de revisión la presentó la ahora demandada, lo cual a su juicio es válido para cumplir este presupuesto procesal, puesto que la norma no distingue al respecto.

Reiteraron los argumentos de la demanda, especialmente los relacionados con las siguientes censuras: i) la inconsistencia de las fechas entre el Auto N° 72 y la solicitud que resuelve, comoquiera que la fecha del acto administrativo acusado es anterior a la de la petición que éste decide; ii) que el acto administrativo acusado accedió a las correcciones de algunas de las mesas que fueron objeto de la petición y esto produjo una diferencia entre los formularios E-24 y E-26 de 21 votos a favor de la accionada en diferentes municipios; iii) no tuvo conocimiento de la solicitud de saneamiento de nulidad de la hoy demandada, sino solo de su decisión, que por no ser pasible de recursos le violó el debido proceso; iv) los formularios E-14 y E-24 fueron adulterados con posterioridad a la firma de la Comisión Escrutadora Municipal, razón por la cual presentó las reclamaciones por falsedad ante la Comisión Escrutadora Departamental; v) los formularios E-14

¹⁴ Al respecto citó la sentencia de 25 de agosto de 2011, expediente N° 2010-00045 y 2010-00046, Sección Quinta Consejo de Estado, Cámara Boyacá, C.P. Susana Buitrago Valencia; expediente N° 2010-00086 y 2010-00102, 1° de noviembre de 2012, Sección del Consejo de Estado, Cámara Magdalena, M.P. Mauricio Torres Cuervo; expediente N° 2011-0089, 18 de abril de 2013, Sección del Consejo de Estado, C.P. Susana Buitrago Valencia.

relacionados en el cuadro 1 no tenían el mínimo de firmas de los jurados de votación requeridas.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandada alegó de conclusión en el mismo sentido de sus intervenciones anteriores, insistiendo en los planteamientos que expuso en la contestación de la demanda y en los alegatos de primera instancia¹⁵.

10. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Agente del Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia apelada para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Frente a la ausencia del mínimo firmas de los jurados de votación en los formularios E-14¹⁶, conceptuó que es causal de reclamación prevista en el numeral 3 del artículo 192 del Código Electoral, que según jurisprudencia de la sección no puede proponerse directamente como causal de nulidad. En cuanto a la falta de firmas de los jurados en el E-14 señaló que dicho supuesto no se subsume en la causal de reclamación, pues lo que se genera es la inexistencia del acto. Que entonces la formulación del cargo no se hizo conforme a los parámetros acogidos por la jurisprudencia de la Sección Quinta.¹⁷

Considera que la inconsistencia de la fecha de expedición del Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 es un error de digitación que no afecta la esencia del acto administrativo. Conforme a las normas vigentes para la época de los hechos, la decisión proferida por las autoridades electorales no era pasible de recursos en vía gubernativa, lo que por sí solo no constituye una violación al debido proceso.

En cuanto a la petición de nulidad de los Autos N° 7, 49 y 50, aseguró que el a quo debió inhibirse frente a éste cargo, pues el accionante no indicó las normas que se violaron con ocasión de tales actos administrativos ni desarrolló el concepto de violación.

¹⁵ Anexó copia de la sentencia de diciembre 5 de 2012, exp. 2011-01882-00 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

¹⁶ Ver cuadro 1.

¹⁷ Citó la sentencia de 27 de febrero de 2003, Concejales de Santa Marta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

Finalmente manifestó que la parte activa no agotó el requisito de procedibilidad en el cargo de falsedad en los registros electorales, por lo que debe declararse la ineptitud de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer la impugnación de la sentencia del Tribunal está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la prueba del acto de elección acusado

La elección de Diputados para la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, período 2012-2015, se acreditó con copia auténtica del Acta General de Escrutinio, del 18 de noviembre de 2011 (fls. 36 y 37 c. 1 exp. 2011-1849).

3.- Del objeto de la apelación contra la sentencia

- ¿Debe entenderse agotado para el caso el requisito de procedibilidad por los demandantes, con la solicitud que presentó la demandada el 15 de noviembre de 2011, resuelta en el Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 proferido por la Comisión Escrutadora Departamental?
- ¿Constituye falsedad el hecho de que el Auto N° 72 de la Comisión Escrutadora Departamental esté fechado el 14 de noviembre de 2011 a pesar de que resuelva una solicitud radicada el 15 de noviembre de 2011?
- ¿La resolución por parte de la respectiva Comisión Escrutadora, de una solicitud de saneamiento y de revisión de mesas presentada por un candidato, impone correr traslado de la misma a los demás candidatos para que reclamen respecto de los cambios que se ordenaron?

4.- Requisito de procedibilidad y análisis en el caso

Con el artículo 8° del Acto Legislativo 01 de julio 14 de 2009¹⁸, se adicionó al artículo 237 Constitucional el siguiente numeral:

“Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

(...)

7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

¹⁸ Fue corregido con el artículo 1° del Decreto 3259 de 2009.

PARAGRAFO. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral”.

Sobre este requisito, la Sección Quinta ha señalado lo siguiente:

“Así, se trata de un requisito que si bien debe acreditarse procesalmente, por parte del actor, para el curso normal de la demanda, su agotamiento en sede administrativa bien puede producirse a instancia de cualquier ciudadano, dado que el constituyente no delimitó una legitimación por activa para ello, lo que debe entenderse como que tales irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona.

En cuanto a la oportunidad, es claro que se satisface el requisito si las irregularidades son puestas en conocimiento de las autoridades electorales antes de que se expida el acto declaratorio de elección, aspecto razonable porque aún existe la posibilidad de que las anomalías probadas puedan ser corregidas y de esa forma el escrutinio sea resultado exacto de la voluntad popular expresada en las urnas.

Respecto a su objeto dirá la Sala que el requisito de procedibilidad únicamente puede ocuparse de irregularidades constitutivas de causales o motivos de nulidad existentes en el proceso de votación y en el escrutinio, es decir, de todos aquellos fenómenos suscitados durante el curso de la jornada electoral o al realizarse los escrutinios, concernientes entre otras, a falsedades en los registros electorales.

Y, finalmente, para el agotamiento del mencionado requisito basta con que las irregularidades constitutivas de nulidad hayan sido puestas en conocimiento de las autoridades electorales, a cuya cabeza está el CNE (...)”¹⁹.

Ahora bien, si pese a la puesta en conocimiento de la autoridad administrativa electoral correspondiente la irregularidad en la votación o en el escrutinio, presuntamente constitutiva de nulidad, ésta omite estudiarla, o únicamente se pronuncia sobre algunas y deja de estudiar las demás, el presupuesto procesal de la acción está agotado. En estos casos la demanda de nulidad electoral puede interponerse acreditando esta situación. Bastará anexar a la demanda copia hábil de la petición radicada por cualquier persona ante la respectiva autoridad con tal fin.

Es preciso sin embargo advertir, como es apenas obvio, que ese escrito presentado por cualquier ciudadano poniendo en conocimiento de la respectiva autoridad electoral irregularidades en la votación o en el escrutinio presuntamente constitutivas de nulidad agota el requisito de procedibilidad para cualquier demandante, pero siempre y cuando entre ese reclamo vía administrativa y las causales y motivos en que se funde la demanda de nulidad electoral haya identidad y correspondencia. De lo contrario no sirve para estos efectos.

19 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2011, rad. 110010328000201000045-00 y 110010328000201000046-00 (acumulados), Cámara Boyacá, M.P.: Susana Buitrago Valencia.

Otro aspecto que es indispensable clarificar es que en los casos en que no haya habido pronunciamiento alguno de la autoridad administrativa electoral pues ésta guardó silencio, no se tiene que demandar ese tipo de respuesta.

En cambio, si a esa solicitud le sigue la decisión expresa de la autoridad electoral, no acogiendo lo pedido por el interesado, en la demanda de nulidad electoral, además de impugnarse el acto que declara la elección, es imperativo demandar también la nulidad de tal decisión administrativa, pues aunque se trate de un pronunciamiento anterior a la declaratoria de elección, contiene la adopción de decisión administrativa definitiva frente a esas irregularidades que según el peticionario se sucedieron durante las votaciones o los escrutinios.

Tal exigencia de demandar estas decisiones, conjuntamente con el acto de declaratoria de la elección que se acusa, deviene de que al tratarse también éste de un acto administrativo que el demandante considera viciado, de llegar a establecerse ello judicialmente, no debe quedar vigente y válido en el ordenamiento jurídico²⁰.

Entonces y concluyendo, agotar debidamente el requisito de procedibilidad como presupuesto procesal para instaurar el contencioso electoral implica que las censuras de las cuales en vía judicial se acuse al acto de elección, estén incluidas, correspondan o coincidan con aquellos mismos reproches puestos en conocimiento de la autoridad administrativa electoral correspondiente.

Frente a este punto considera la Sala de interés y oportuno hacer precisión y claridad en el sentido de que tanto el sometimiento a examen ante la autoridad administrativa electoral de las irregularidades presentes en la votación o en el escrutinio, presuntamente constitutivas de nulidad (son entonces motivos diferentes a las causales de reclamación del Código Electoral, artículo 192), como el concepto de violación que se plantee en la demanda de nulidad electoral, deben contener una exposición precisa que identifique el motivo específico al cual se atribuya la causal de nulidad que se considera subyace en el acta, en el registro, en el resultado, en el formulario, etc.

Entonces, ni vía administrativa ni posteriormente vía judicial, resulta válido que en la actuación administrativa se haya pedido una revisión general de todos los resultados sin señalar la causa o el motivo de tal solicitud. Es indispensable que se precise en qué aspecto y en qué motivo radica la necesidad del recuento que se reclama y en cuál mesa, puesto, zona se presenta y por qué. De la misma manera vía judicial no es de recibo, y a fin que el pronunciamiento definitorio del juez pueda ser de mérito, que se aleguen en abstracto o de manera general reproches contra la votación o el escrutinio, sin identificar en la demanda con claridad y precisión qué aspecto en específico radican los motivos de nulidad que se atribuyen y en qué etapa del proceso administrativo electoral y por cuál razón solicitó vía administrativa el recuento de votos, sin obtener solución al reclamo elevado.

En ambos casos, vía administrativa y vía judicial, indicar en concreto dónde y en qué radican los motivos de nulidad que se atribuyen a la decisión, es una carga que pertenece al resorte del peticionario y del demandante, respectivamente.

²⁰ Aunque este proceso se decide conforme a las normas del C. C. A., es preciso advertir que en la Ley 1437 de 2011 (CPACA) esa obligación quedó expresamente prevista en el artículo 139.

Por lo tanto, sobre los motivos de nulidad que no estén contemplados en las peticiones previas que se dirigieron a la autoridad administrativa electoral pertinente, no podrá pronunciarse el juez de lo electoral, por falta de agotamiento del citado requisito, que se constituye por mandato Superior, en presupuesto procesal de la acción en el contencioso electoral.

La Sala insiste en dejar claro que no hace falta que el mismo demandante haya sido quien presentó ante la autoridad administrativa electoral la reclamación constitutiva de causal de nulidad, pues del contenido del Parágrafo del artículo 237 de la Carta se desprende que ello no es exigencia, luego cualquier persona pudo haber presentado dicha solicitud y el demandante hacer uso de esa puesta en conocimiento a la respectiva autoridad administrativa electoral de esos presuntos vicios constitutivos de nulidad.

Pero lo que sí es requisito sine qua non es que coincidan, que haya identidad de causa petendi entre lo reclamado administrativamente y lo demandado judicialmente.

En el sub lite ocurre que las anomalías planteadas en la demanda no coinciden con las que alegó la entonces candidata MAYOR REBELLON.

Si bien de las mesas acusadas ante la Comisión Escrutadora Departamental por la hoy demandada, las siguientes también están comprendidas en las demandas que dieron origen al presente proceso de nulidad electoral: municipio EL CERRITO, Zona 01, Puesto 02, Mesa 002 y municipio EL CERRITO, Zona 02, Puesto 02, Mesa 003, es claro que las diferencias entre formularios E-14 y E-24 que alegó la demandada vía administrativa y las que los demandantes proponen en las demandas, son muy diferentes. Los siguientes cuadros permiten evidenciarlo:

MUNICIPIO EL CERRITO			PETICION DE LILIANA MAYOR R. (ante la Comisión Escrutadora) Candidata 54			DEMANDA de ALEJANDRO MURCIA MESA (ante el Juez Contencioso) Candidato 53		
Z	P	M	E-14	E-24	DIF.	E-14	E-24	DIF.
01	02	002	4	0	-4	1	0	-1
02	02	003	7	1	-6	2	0	-2

En efecto: mientras la señora Liliana Mayor Rebellón alegó ante la Comisión Escrutadora Departamental que en la Mesa 002, Puesto 02 de la Zona 01 de El Cerrito, que se le descontaron sin justificación en el E-24 cuatro (4) votos como candidata 054 del partido Cambio Radical, el demandante David Alejandro Murcia Muñoz señala en la presente demanda de nulidad electoral que a él le restaron en el formulario E-24 el único voto que había obtenido en esa misma mesa, como candidato 53 de Cambio Radical.

La divergencia en las acusaciones se presenta igualmente en la mesa 003 del puesto 02 de la zona 02 del mismo municipio, pues la señora Mayor Rebellón señaló ante la Comisión Escrutadora Departamental que en esa mesa, como candidata 054 del partido Cambio Radical, se le descontaron sin justificación en el

E-24 seis (6) votos, en tanto que en la demanda el señor Murcia Muñoz señaló que en la misma le excluyeron en el formulario E-24 los dos (2) votos que según él obtuvo como candidato 53 de Cambio Radical.

En consecuencia, se evidencia que los demandantes no agotaron el requisito de procedibilidad respecto al motivo de nulidad que proponen, consistente en que existieron irregularidades de diferencias entre los formularios E-14 y E-24 y respecto a la votación que realmente debieron haber registrado.

En consecuencia, por las razones aquí expuestas, se confirmará la sentencia apelada, que declaró la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad frente a los cargos referidos en los cuadros 1 a 3.

5- Posible falsedad del Auto N° 72 del 14 de noviembre de 2011 de la CED

Las demandas que se acumularon plantean que el Auto 72 del 14 de noviembre de 2011, expedido por la Comisión Escrutadora Departamental, por el cual ésta resolvió la petición de revisión de la señora Liliana Mayor Rebellón, se expidió antes de haberse presentado esa solicitud, situación que califican los demandantes como fraude, y que constituyó un beneficio para la ahora demandada. Que por lo mismo, el auto está falsamente motivado.

Esta acusación de falsedad o ilegalidad del Auto 72 de la CED se basa en el aspecto referido a la fecha, específicamente a la disparidad entre las fechas del auto y de la petición que resolvía, de donde los demandantes derivan un posible ánimo o intención de la citada Comisión de favorecer a la candidata Mayor Rebellón.

Si bien en alguna parte de las demandas se alude a una supuesta irregularidad en el Auto 72 de la CED, en el sentido que como consecuencia de la revisión se favoreció a la candidata MAYOR REBELLON, tales afirmaciones fueron genéricas, en la medida que no se explicó en lo más mínimo el alcance y los motivos para considerar que el cambio de votación no se debió a una consecuencia natural de la solicitud que se resolvía, sino a una irregularidad por parte de la Comisión Escrutadora que decidió.

Procede entonces la Sala a verificar el cargo relacionado con la disparidad de fechas entre la solicitud de la candidata MAYOR REBELLON y el Auto 72 con el cual se le resolvió.

Del análisis del proceso de escrutinio se deduce con facilidad que la situación descrita no constituye una falsedad, sino un simple error mecanográfico o de digitación.

En efecto, el acta General de Escrutinio inició el 1 de noviembre de 2011, fecha en la cual se suspendió para iniciarla el 2 de noviembre a las 9:00 a.m. (fls. 12 y 13 c. 1).

El 2 de noviembre de 2011 se reanudó a la hora fijada. Nuevamente se suspendió y se reanudó el 3 de noviembre de 2011 a las 9:00 a.m., pero a las 10:45 a.m. se decretó receso hasta el 4 de noviembre (fls. 14 a 17 c. 1).

Los días 4, 5, 8 y 9 de noviembre de 2011 continuó el acta de escrutinio. En el acta del 10 de noviembre de 2011 se decretó receso hasta el sábado 12 de noviembre de 2011 (fl. 28 c. 1). Ese día se reanudó la audiencia de escrutinios y se dispuso lo siguiente: "Siendo la 1:30 p.m., se da por terminada la audiencia del

día de hoy y se ordena un receso hasta el martes a las 3:00 p.m.” (se resaltó, fl. 31 c. 1).

Teniendo en cuenta que el 12 de noviembre de 2011 fue un sábado, el martes siguiente correspondía al 15 de noviembre de 2011. Lo que indica que el lunes 14 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora no sesionó, como se confirma con los documentos aportados al proceso, en los que no aparece ningún acta de esa fecha.

Por su parte sí aparece el acta reiniciada el martes 15 de noviembre de 2011 a las 3:00 p.m. En dicha acta se señaló lo siguiente:

“Se dirigen a la Comisión Escrutadora Departamental, los señores Héctor Carvajal, quien informa que presenta un poder en representación del candidato a la Gobernación Héctor Fabio Useche de la Cruz y el señor Armando González, quien informa que tiene una reclamación para radicar y que le fue otorgado poder por parte de la candidata a la Asamblea, Liliana Mayor Rebellón, por el Partido Cambio Radical” (Se resaltó, fl. 32 c. 1).

Se refiere al escrito que el doctor González presentó el 15 de noviembre de 2011 a las 3:00 p.m. (hora en que se reiniciaron los escrutinios), como apoderado de la candidata Liliana Mayor Rebellón (fls. 72-79 c. 1)

Y precisamente el Auto 72 que se cuestiona, resuelve la solicitud que presentó el doctor ARMANDO GONZALEZ como apoderado de la candidata Liliana Mayor Rebellón (fls. 80 a 82 c. 1).

Entonces, se deduce que el haberse fechado el Auto 72 el 14 de noviembre de 2011, obedeció sólo a una equivocación mecanográfica, error formal que no trasciende la legalidad del acto.

Los demandantes no demostraron que se tratara de una actuación de mala fe, que implicara que la autoridad electoral tenía previamente resuelta (a favor) una petición que aún no había presentado el apoderado de la demandada. Se conformaron simplemente con hacer la aseveración, que se desvirtúa con la prueba documental analizada: ésta demuestra que el 14 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora Departamental no sesionó, sino que lo hizo el 15 de noviembre de 2011, precisamente para resolver la petición que presentó el apoderado de la entonces candidata.

En la demanda 2011-01846 además, se acusó de ilegal el Auto 072 del 14 de noviembre de 2011 por el hecho de que en el mismo la Comisión Escrutadora Departamental no revisó todas las mesas a las que se refirió el escrito del apoderado de la candidata 54 de Cambio Radical, sino que se limitó a revisar algunas de ellas. Aunque no lo expresa de manera directa, da a entender que con ello se rompió el principio de igualdad porque tal actuación benefició a la candidata solicitante, al aumentarle la votación.

En la acusación no se determinan cuáles fueron las mesas que supuestamente la Comisión dejó de revisar, lo cual sería suficiente para descartar este cargo, por genérico e indeterminado.

Pero al revisar y comparar el contenido del escrito que el apoderado de la señora Liliana Mayor Rebellón presentó ante la Comisión el 15 de noviembre de 2011, con el Auto 72 expedido por la citada Comisión para resolver la petición, se tiene que en éste sí se revisaron todas las mesas señaladas en aquel.

Entonces, este reproche no corresponde a la realidad.

Por último, se expresa en la demanda 2011-1856 que a la solicitud de la candidata LILIANA MAYOR REBELLON no se le dio publicidad. Tal censura no constituye per se un cargo de ilegalidad, pues esta clase de solicitudes se presentan en audiencia, luego son públicamente divulgadas. Las que presentó la demandada quedaron registradas en el acta del 15 de noviembre de 2011 de la Comisión Escrutadora Departamental, que hace constar la intervención del abogado GONZALEZ, apoderado de aquella (fl. 32 c. 1).

A propósito del principio de publicidad de las decisiones, considera oportuno la Sala señalar que a fin de que el requisito de procedibilidad resulte fiel al propósito que inspiró al Constituyente para su consagración, en la teleología de impulsar vía administrativa la solución para las incongruencias que pudieran ocurrir durante la votación o el conteo de los sufragios, situación que podría viciar de nulidad el resultado final que conduce a la declaratoria de la elección, resulta provechoso que sea ahí mismo, con la intermediación de la prueba, donde se pueda verificar o no las denuncias y, de ser necesario, corregir los registros y las actas. Por ello es indispensable que haya escenarios de publicidad de los resultados, haciéndolos en audiencia, para que la veeduría ciudadana, la vigilancia que ejercen los candidatos, sus apoderados y los testigos electorales, puedan conocerlas y ejercitar apropiadamente el sometimiento a examen de la autoridad electoral aquello que hallen irregular.

Y en cuanto a la imposibilidad de interponer algún recurso administrativo contra el citado Auto 72 del 14 de noviembre de 2011, es un punto legal que concierne a la naturaleza jurídica de ese pronunciamiento, como el propio auto lo expresa en su numeral quinto (fl. 50 c. 1), circunstancia ésta que habilitaba a los interesados para recurrir directamente a la jurisdicción impugnándolo.

En conclusión, no se probó ninguna de las acusaciones que soportan este cargo, incluida la supuesta falsa motivación, por lo que la censura no resulta acreditada.

3.- Otras acusaciones

Ahora, en relación con la supuesta ausencia del mínimo de firmas en los formularios E-14, por tratarse de una causal de reclamación, en los términos del numeral 3 del artículo 192 del Código Electoral, razón por la cual debió plantearse como tal ante las autoridades electorales correspondientes, y no proponerse directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal de nulidad del acto de elección.

En cuanto a la posible ilegalidad de los autos 7, 49 y 50 de la Comisión Escrutadora Departamental, porque según el demandante David Alejandro Murcia Mesa (rad 2011-01856), se rechazaron algunas de estas solicitudes por extemporáneas, a pesar de haberse presentado en oportunidad, la Sala advierte de entrada que el motivo que se invoca como causal de nulidad: rechazar los escritos por haberse presentado "fuera de término" (fl. 1243) o extemporáneamente, no fue demostrado.

Y según los autos 7, 49 y 50 de la Comisión Escrutadora Departamental, el rechazo de tales reclamaciones se produjo por falta de legitimación.

Entonces no hace falta entrar a analizar nada al respecto, pues implicaría hacer un estudio oficioso del fundamento de los actos demandados.

Adicionalmente, frente al cambio de postura del Tribunal respecto de las sentencias dictadas antes de la acumulación y la del 13 de julio de 2013, la Sala resalta que en virtud de la inexistencia de la primera decisión, por la declaratoria de nulidad, el juez debió hacer un nuevo estudio del caso, y ello le permite decidir en uno u otro sentido.

CONCLUSION

De lo discurrido en precedencia se tiene que SE MODIFICARA la sentencia apelada, para, en su lugar, DECLARAR probada la excepción de FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD respecto de las mesas acusadas en las demandas; y negar las demás pretensiones de las demandas.

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

FALLA:

MODIFICAR la sentencia del 3 de julio de 2013 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de las demandas. En su lugar se dispone lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD respecto de las mesas acusadas en las demandas.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

ACLARACION DE VOTO

Consejero: **ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

En forma comedida expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto frente a la sentencia proferida el 30 de enero del corriente año dentro del proceso del vocativo enunciado, las cuales versan sobre mi opinión referida al requisito de procedibilidad en los procesos de naturaleza electoral. El propósito de esta aclaración no es otro que el de hacer un estudio del mismo y evidenciar que los enormes vacíos existentes en cuanto a su reglamentación, que la jurisprudencia de esta Sección ha intentado suplir, han conducido a que se afecte seriamente el derecho fundamental de tutela judicial efectiva y especialmente de acceso a la administración de justicia. El Consejo de Estado y especialmente esta Sección en algún momento tendrá que reformular su posición frente a su exigencia legal, para garantizar valores y principios superiores.

Sabido es que el Acto Legislativo 01 de 14 de julio de 2009 introdujo algunas modificaciones a la Constitución Política de 1991. En materia electoral se destacan el requisito de procedibilidad y la facultad de revisión. El numeral 7º que se adicionó al artículo 237 de la Constitución Política, concibió dicho requisito en estos términos:

“Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”

La facultad de revisión a cargo del Consejo Nacional Electoral se adoptó en el numeral 4º del artículo 265 de la Constitución, de la siguiente manera:

“4. Además, de oficio, o por solicitud, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados.”

La primera elección en la que se implementó este requisito constitucional fue la de Congreso de la República para el período 2010-2014, en la que se eligieron los Senadores de la República y los Representantes a la Cámara. Para esas justas democráticas el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución 552 de 10 de marzo de 2010 *“Por la cual se establecen unos procedimientos de control a los escrutinios.”*, y la Resolución 0754 de 9 de abril de 2010 *“Por la cual se adoptó el protocolo de revisión de escrutinios.”*

Así, uno de los primeros pronunciamientos judiciales de que se tiene noticia es el auto de 13 de diciembre de 2010 (Exp. 201000076), mediante el cual se determinó que se trataba de un presupuesto constitucional cuya acreditación debía ocurrir desde la presentación de la demanda, el cual operaba sobre irregularidades en las votaciones y los escrutinios constitutivos de causales de nulidad, pero solamente en elecciones por voto popular, y que en caso de expedirse actos administrativos en respuesta a tales solicitudes con la demanda debía igualmente pedirse la nulidad de los mismos.

A *contrario sensu*, con dicho auto se precisó que no podían ser objeto del requisito de procedibilidad las causales de reclamación contempladas en el Código Electoral, puesto que a partir de la expedición de la Ley 62 de 1988 dejaron de ser causales de nulidad, y por ello no podían asumirse como irregularidades en la votación y los escrutinios.

Con la sentencia de 25 de agosto de 2011 (Exp. 201000045) la Sección Quinta del Consejo de Estado igualmente se ocupó de describir las principales características del requisito de procedibilidad en materia electoral. Por ejemplo, señaló que ante el silencio guardado por el constituyente ese requisito lo podía agotar cualquier persona; igualmente precisó que se podía agotar hasta antes de que se declarara la elección; y, simple y llanamente dijo que las autoridades competentes para asumir el conocimiento de la denuncia de irregularidades en la votación y los escrutinios eran las autoridades electorales a cuya cabeza estaba el Consejo Nacional Electoral.

Esta misma Sección en sentencia de 19 de septiembre de 2011 (Exp. 201000041), en demanda impetrada contra el artículo 10º de la Resolución 552 de 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral, que le permitía revisar los escrutinios e incluso terminarlos directamente, determinó que su legalidad quedaba sujeta a circunstancias muy excepcionales, como la existencia de una norma legal o reglamentaria que así lo autorizara, o por circunstancias de orden público que pusieran en grave riesgo la continuidad de los escrutinios.

Y, con fallo de 18 de octubre de 2012 la misma Sección declaró la nulidad de la Resolución 0754 de 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral y que regulaba la facultad de revisión, con un argumento central, consistente en que este organismo había desconocido el literal c) del artículo 152 Constitucional, que establece que el ejercicio de funciones electorales únicamente puede ser reglamentado por el Congreso de la República mediante la expedición de una ley estatutaria, y hasta que esta no se halle vigente la facultad de revisión por parte de la Organización Electoral no puede ejercerse.

Los anteriores pronunciamientos, pero primordialmente el último, llevaron a que en la sentencia de 10 de mayo de 2013 (Exp. 201000061), con la cual se decidieron las demandas acumuladas contra la elección de Senadores de la República 2010-2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado anulara los actos administrativos que frente a los escrutinios había dictado el Consejo Nacional Electoral en respuesta al requisito de procedibilidad y en ejercicio de la facultad de revisión, y respecto de los cuales expresamente se hubiese formulado como cargo de ilegalidad la falta de competencia de esa entidad de la Organización Electoral para ejercerla a través de la excepción de inconstitucionalidad de la resolución en mención.

Otras reglas que se han venido definiendo por la jurisprudencia de la Sección Quinta en cuanto al asunto corresponden, *grosso modo*, a las siguientes:

En la sentencia de 16 de febrero de 2012 (Exp. 201000035), que profirió fallo inhibitorio frente a algunas pretensiones, se dijo que en los eventos en que se

demandara la nulidad de actos dictados en ejercicio de la facultad de revisión, el petitum solamente se consideraría debidamente integrado cuando el accionante impugnara todos los actos que conformaran una unidad jurídica, para lo cual era menester cuestionar tanto el acto inicial como los actos que fueran proferidos para atender los recursos en su contra.

En la sentencia de 29 de agosto de 2012 (Exp. 201000050), que fallo inhibitoriamente las demandas acumuladas, se determinó que frente a los actos dictados por el Consejo Nacional Electoral para agotar el requisito de procedibilidad era necesario formular cargos jurídicos de violación en su contra.

En la sentencia de 26 de noviembre de 2012 (Exp. 201000055), la Sección falló inhibitoriamente parte de las pretensiones, en particular las que se dirigían contra actos que si bien se habían proferido por el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la facultad de revisión, no tenían la calidad de actos administrativos porque no tomaban decisiones definitivas sobre los escrutinios.

En la sentencia de 26 de noviembre de 2012 (Exp. 201000049), la Sección emitió fallo inhibitorio frente a los procesos acumulados porque si bien se habían demandado los actos proferidos por la comisión escrutadora departamental sobre irregularidades en la votación y los escrutinios, el interesado no había formulado en su contra el recurso de apelación, que era procedente.

En la sentencia de 25 de julio de 2013 (Exp. 201200047), la mencionada Sección estuvo de acuerdo con el fallo inhibitorio del *a-quo*, bajo el argumento de que para agotar correctamente el requisito de procedibilidad las peticiones que denuncian irregularidades en la votación y los escrutinios deben dirigirse a las autoridades competentes según el principio de eventualidad, es decir, que ello debe surtirse ante la instancia administrativa electoral en la que se presente o ante la comisión escrutadora competente para declarar la elección.

Y, en el fallo respecto al cual aclaro mi voto, se retomó un requisito que ya se venía exigiendo por la Sección en procesos anteriores, como es que los casos de falsedad debidamente determinados en la demanda, tenían que corresponder a los mismos que ante las autoridades electorales se habían denunciado como irregularidades en las votaciones y los escrutinios, es decir, que debía existir identidad de objeto y causa entre unos y otros.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior y en principio, sería viable señalar que en torno al requisito de procedibilidad surgen las siguientes características:

1.- Es un presupuesto de rango constitucional, que recientemente fue acogido por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que en el numeral 6º del artículo 161 se estableció que debía agotarse cuando se invoquen las causales de nulidad contempladas en los numerales 3º y 4º del artículo 275 *ibídem*, esto es, cuando los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido adulterados, o cuando los votos se hayan computado con violación del sistema establecido para la distribución de curules o la asignación de cargos uninominales.

2.- Es un requisito que necesariamente debe cumplirse en elecciones populares cuando la demanda se funda en irregularidades en la votación y los escrutinios. Es decir, que si en una demanda de nulidad electoral contra un acto de elección por voto popular, se invoca como fuente de ilegalidad la falsedad en los registros electorales, el actor tiene la carga de acreditar que ello se puso en conocimiento de las autoridades electorales.

A *contrario sensu*, no es preciso agotar ese presupuesto constitucional en las elecciones que se surtan al interior de cuerpos electorales como por ejemplo el Consejo Superior de las universidades estatales, porque allí no opera el voto popular; y tampoco debe cumplirse en las demandas contra elecciones por voto popular si la pretensión de nulidad se apoya en causales de tipo subjetivo, como serían las inhabilidades y la falta de requisitos y calidades en la persona electa.

3.- No opera respecto de las circunstancias contempladas en las causales de reclamación del Código Electoral, puesto que las mismas no son causales de nulidad y porque para ello existe un régimen propio, completamente ajeno al requisito de procedibilidad.

4.- Aunque en un comienzo se sostuvo que el requisito de procedibilidad podía agotarse en cualquier momento y hasta antes de declararse la elección, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que para ello debían tomarse en cuenta el principio de eventualidad y el régimen de competencias que el Código Electoral consagra para las comisiones escrutadoras. Es decir, que para el correcto y oportuno agotamiento del requisito de procedibilidad la parte interesada debe denunciar las irregularidades en la votación y los escrutinios, a más tardar, ante quien está investido de la competencia para expedir el acto declaratorio de la elección.

Por ende, no se agota cabalmente el requisito de procedibilidad si las irregularidades en la votación o los escrutinios de una elección del orden municipal, se ponen en conocimiento de la comisión escrutadora departamental, porque la última carece de competencia para pronunciarse al respecto.

5.- Es preciso que exista total identidad entre los hechos que en el medio de control de nulidad electoral se denuncian como constitutivos de falsedad y aquellos casos que durante los escrutinios se invocaron como irregularidades en la votación y los escrutinios. Por lo mismo, no es admisible que, por ejemplo, durante los escrutinios la parte interesada invoque genéricamente la falsedad en los registros electorales y que sólo con la demanda haga la determinación correspondiente, la cual debe ser un elemento común tanto en la vía administrativa electoral como en la vía jurisdiccional.

6.- La jurisprudencia ha dicho hasta ahora que el requisito de procedibilidad puede ser agotado por cualquier persona ante las autoridades electorales y que, en

aplicación del carácter público de la acción que juzga la legalidad de los actos de elección por voto popular, no es necesario que quien agota ese presupuesto constitucional sea la misma persona que promueve el medio de control de nulidad electoral.

Pues bien, respetuosamente considero que es hora de que la Sala comience a pensar en reevaluar esta posición que incluso puede conducir a situaciones absurdas, que ya se han presentado en las acciones conocidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, como que el demandante se vale de las peticiones presentadas por el mismo demandando para denunciar la existencia de irregularidades en la votación y los escrutinios, y dar por agotado el requisito de procedibilidad o que so pretexto de este *“agotamiento”* se propicien nuevos y generales escrutinios o *“revisiones”* en detrimento del principio de celeridad y transparencia; o más absurdo aún, que se pida *“revisar”* lo que aún no se ha escrutado, todo ello en ausencia de una ley estatutaria que regule el procedimiento al efecto.

En efecto, se ha entendido por la Sección Quinta del Consejo de Estado que el tenor literal del párrafo del numeral 7º del artículo 237 Constitucional, no asigna la carga de agotar el requisito de procedibilidad a una persona determinada, y que por ello el demandante cumple ese presupuesto acreditando que las irregularidades incorporadas en la demanda sí fueron denunciadas ante las autoridades electorales por otras personas, ajenas a él.

En gracia de discusión y si se analiza con mayor detenimiento el precepto constitucional se advertirá que el constituyente sí atribuyó esa carga al demandante, de modo que deben ser la misma persona quien acude al medio de control de nulidad electoral y quien denuncia las irregularidades durante los escrutinios. En efecto, la norma constitucional se refiere a un mismo sujeto, puesto que bajo el mismo contexto ubica a la persona con interés en ejercer el contencioso electoral y a la persona que denuncia las irregularidades en la votación y los escrutinios.

Además, resulta razonable excluir la idea de que el agotamiento del presupuesto constitucional lo puede hacer una persona distinta al ulterior accionante, puesto que si para las causales de reclamación el Código Electoral exige cierta legitimación, con igual o mayor razón debe aceptarse que sea el demandante quien acredite que él denunció ante las autoridades electorales las irregularidades en la votación y los escrutinios que ahora invoca como supuestos de la falsedad con que nutre su demanda, independientemente de tratarse de una acción pública. Así lo entendió, por ejemplo, el tratadista e integrante de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Dr. Augusto Hernández Becerra, quien sobre el particular expresó:

“En efecto, aun cuando, la disposición constitucional ofrece una redacción bastante neutra en cuanto al sujeto de quien se predica la satisfacción del requisito de procedibilidad, lo cierto que resulta difícil entender este requisito si no es como una carga o imposición procesal

que la norma atribuye a la persona que presenta la demanda.”²¹
(Negrillas fuera del original)

Lo anterior demuestra efectivamente que con ello no se viola el carácter público del medio de control de nulidad electoral, ya que lo único que se establece, con fundamento en el texto constitucional, es que sea el propio demandante la persona que haya agotado ante las autoridades electorales competentes el requisito de procedibilidad, sin permitir que para ello se valga de las peticiones que al respecto hayan elevado otras personas, incluso aquellos contra quienes dirige su demanda.

7.- Si en respuesta a peticiones para agotar el requisito de procedibilidad las autoridades electorales han expedido actos administrativos con efectos en los escrutinios, la parte demandante tiene la carga de impugnar junto al acto de elección la presunción de legalidad de esos actos. Esto, que era un criterio jurisprudencial, se positivizó en el artículo 139 del CPACA, que al efecto dispuso: *“En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección.”* (Impongo negrillas).

Ahora, cuando el demandante cuestiona la legalidad de las decisiones asumidas por las autoridades electorales sobre los escrutinios, porque *verbi gratia* modificó la votación alcanzada por cierto candidato, bajo el principio de justicia rogada y el criterio de determinación, está en la obligación de invocar las normas violadas y explicar el concepto de violación, en el que debe ser lo suficientemente exhaustivo en la identificación de los casos de falsedad, para lo cual tendrá que suministrar la modalidad de falsedad, la zona, el puesto y la mesa donde ello tuvo lugar, así como la votación anterior y la que resultó alterada frente a determinado candidato. Ese es el propósito del artículo 139 en cuestión, al establecer que *“El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.”*, que sin duda recogió lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sección Quinta sobre el criterio de determinación.

8.- Cuando se han expedido actos administrativos por parte de las comisiones escrutadoras para atender peticiones formuladas para agotar el requisito de procedibilidad, la parte interesada tiene el deber de interponer en su contra el recurso de apelación para ante la comisión escrutadora jerárquicamente superior.

La jurisprudencia vigente hasta el momento se inclinaba por declarar probada de oficio la excepción de falta de integración del petitum cuando no se demandaba igualmente el acto mediante el cual se decidía el recurso de apelación formulado contra el acto expedido en respuesta a peticiones encaminadas a agotar el requisito de procedibilidad. Sin embargo, desde que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no es viable acudir a ese medio exceptivo porque el artículo 163 dispuso, en torno a la individualización de las pretensiones, que *“Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.”* Es decir, que esos actos quedan automáticamente incorporados al examen de

²¹ Aparte tomado del artículo denominado Acción electoral y requisito de procedibilidad en el Acto Legislativo 01 de 2009, publicado en la Revista Centro de Estudios Políticos – Ministerio del Interior y de Justicia. Página web: <http://www.centrodeestudiospoliticos.com>.

legalidad, así la parte demandante omite su inclusión en las pretensiones anulatorias.

9.- La experiencia ha demostrado que ante peticiones elevadas para agotar el requisito de procedibilidad se producen actos definitivos respecto de los escrutinios, como aquellos que disponen modificar la votación de los candidatos. Pero igualmente se profieren otros actos que apenas sí tienen la condición de previos o de trámite frente a los actos definitivos. Por tanto, no es menester demandar junto al acto de elección y al acto definitivo, esos actos previos, porque en esa condición no es procedente someterlos a examen de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¿Se debe exigir el requisito de procedibilidad en detrimento del principio de acceso a la Administración de Justicia y tutela judicial efectiva?

Ahora bien, pese a los ingentes esfuerzos que ha hecho la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado en torno a la fijación de las principales características del requisito de procedibilidad, pregunto: ¿Es razonable seguir exigiendo que en las demandas de nulidad electoral se agote el requisito de procedibilidad cuando se basen en irregularidades en la votación y los escrutinios? Evidentemente no.

Veamos:

Según el numeral 4º del artículo 265 de la Constitución, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, la facultad de revisión que el constituyente confirió al Consejo Nacional Electoral puede activarse “*de oficio, o por solicitud*”. Es decir, que la revisión de documentos electorales con el fin de establecer la verdad de los resultados electorales, puede hacerse, en principio, cuando así lo decida *motu proprio* esa entidad de la Organización Electoral, o cuando para ello alguna persona presente una petición para denunciar irregularidades en la votación y los escrutinios, encaminada a agotar el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 237 *ibídem*.

Resulta claro ahora que entre el requisito de procedibilidad y la facultad de revisión existe una relación inescindible por la materia, en atención a que se trata de instrumentos jurídicos que indiscutiblemente pueden calificarse como “*funciones electorales*”, calificativo que resulta atinado en la medida que son instrumentos que implican la intervención directa sobre los escrutinios, ya sea para dejarlos incólumes o para modificarlos conforme a lo que revelen los documentos electorales.

El hecho de que conjuntamente puedan calificarse como “*funciones electorales*”, se explica en que se trata de instrumentos jurídicos que necesariamente requieren de la definición de aspectos vitales como las causales de revisión, los efectos que se pueda atribuir a cada causal, las autoridades competentes para decidir sobre lo pedido, los recursos contra las decisiones, etc.

Por consiguiente, si en los fallos de 19 de septiembre de 2011 (Exp. 201000041) y de 18 de octubre de 2012 (Exp. 201000014), la Sección Quinta concluyó, en su orden, que el ejercicio de la facultad de revisión del Consejo Nacional Electoral y la posibilidad de terminar los escrutinios solamente procedía ante la existencia de una ley al respecto, y que el ejercicio de funciones electorales como las inmersas en el protocolo de revisión, solamente se podían cumplir cuando se expidiera la

respectiva ley estatutaria, es más que obvio en mi criterio, que el requisito de procedibilidad queda sujeto a la misma suerte.

Esto es, que si la facultad de revisión no puede ser actualmente ejercida por el Consejo Nacional Electoral porque el Congreso de la República todavía no ha expedido la correspondiente ley estatutaria, de igual modo debe sostenerse que no es procedente seguir exigiendo que en las demandas de nulidad electoral se acredite el agotamiento del requisito de procedibilidad, ya que la ausencia de la ley que reglamente tanto este presupuesto constitucional, como la facultad de revisión, que son funciones electorales, lo impide.

Además, si la Sección Quinta del Consejo de Estado insiste en seguir exigiendo ese presupuesto constitucional, se afectará en forma contundente el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva de quienes interpongan el medio de control de nulidad electoral, como hasta ahora ha ocurrido, puesto que la ausencia de unas reglas claras previamente establecidas por el legislador a través de una ley estatutaria, solamente acrecentará la confusión en torno a la forma como se agota el requisito de procedibilidad y a lo que pueden y no pueden hacer las autoridades electorales sobre el particular.

Prueba fehaciente de la confusión que ha reinado al respecto, y que es preciso que corrija el Congreso de la República con la expedición de una ley estatutaria, es el abundante número de fallos inhibitorios que ha dictado esta Sección y el resto de la jurisdicción contencioso administrativo, desde que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2009, por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y que asciende a más del 70% de los cargos formulados en las demandas.

Así las cosas, respetuosamente considero que lo jurídico y lo más aconsejable para las autoridades judiciales encargadas de practicar el control de legalidad a los actos electorales surgidos de las elecciones por voto popular, es que así como la facultad de revisión ya no puede ser ejercida por el Consejo Nacional Electoral porque esa atribución solamente puede cumplirse cuando se expida la respectiva ley estatutaria, tampoco se siga exigiendo el requisito de procedibilidad a las demandas de nulidad electoral que seguramente se impetrarán con ocasión de la elección del Congreso de la República y de la elección de Presidente de la República, para el período constitucional 2014-2018.

En estos términos comedidamente dejo rendida mi aclaración de voto frente a la providencia en cuestión.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado