

RECURSO DE APELACION - Imposibilidad de que el juez de segunda instancia se pronuncie sobre cargos que resultan nuevos y diferentes a los que se expusieron en la demanda de nulidad electoral / RECURSO DE APELACION - Está vedado exponer en el recurso hechos, cargos y elevar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda / CARGOS NUEVOS - No es admisible que en el recurso de apelación se formulen

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en diversas oportunidades ha manifestado que el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación. Igualmente ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni la sentencia estudió. La lealtad procesal y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada y el concepto de violación de la demanda imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso hechos, cargos y elevar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda. Si lo hiciera, el ad-quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso. Establecido que el Juez está limitado para decidir los recursos a los reproches que éstos planteen, que tengan correspondencia o estén en coherencia con las censuras de la demanda y con el contenido de la sentencia, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la apelación que propuso el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro contra la sentencia de 22 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo del Atlántico, cumple con este parámetro. Examinado el escrito mediante el cual se sustenta el recurso, es evidente que contiene dos argumentos que no fueron planteados en la demanda. El primero relacionado con la mesa 8, del puesto 1 de la zona 2, pues si bien, en primera instancia el demandante William Enrique Romero Navarro argumentó que la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo carecía de competencia para decidir la reclamación que por error aritmético presentó la señora Yenis Orozco Bonett - quien solicitó revisar el número de votos registrados al candidato N° 9 -, por su parte en la apelación alegó que en tal puesto, zona y mesa en relación con el error aritmético puesto en conocimiento por la señora Orozco Bonet, esa Comisión debió hacer un conteo voto a voto con el fin de verificar si existió, planteamiento que, como se aprecia, es diferente al discutido en primera instancia. El segundo argumento nuevo en relación con los expuestos en la demanda, que el demandante ahora plantea en la apelación, tiene que ver con que se vulneraron con el acto acusado que declaró la elección demandada los artículos 21 y 23 del Código Contencioso Administrativo y, 12 de la Constitución Política y, por ello, no pueden hacer parte de las materias por resolver al decidir la apelación, pues como se explicó no es admisible que en el recurso de apelación se formulen nuevos cargos que el demandante debió proponer en la oportunidad procesal pertinente - la demanda o en la reforma a la misma -. En consecuencia, la Sala no se pronunciará sobre las nuevas censuras expuestas en el recurso de apelación, porque aceptar que en segunda instancia se analicen, cuando no se formularon ante el juez a quo, vulneraría el derecho de defensa de los demandados a quienes se les sorprendería con cargos de violación que no tuvieron la oportunidad de controvertir.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imposibilidad de que el juez de segunda instancia se pronuncie sobre cargos planteados en el recurso de apelación que resultan nuevos y diferentes a los que se expusieron en la demanda de nulidad electoral. Sentencias de 25 de agosto de 2011, Rad. 2010-00045, y de 20 de

noviembre de 2013, Rad. 2012-00052-02 y M.P. Susana Buitrago Valencia, Sección Quinta.

PROCESO ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Debe existir correspondencia entre lo que se alegó vía administrativa electoral y lo que se reclama vía judicial / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Se debe agotar cuando la demanda se funde en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el de escrutinio

El numeral 7º del artículo 237 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 8º del Acto Legislativo 1º de 2009 “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política”, prevé en el párrafo único que para ejercer el Contencioso Electoral contra actos de elección de carácter popular, siempre que la demanda se fundamente en causales de nulidad relacionadas con el proceso de votación y en el escrutinio, será “(...) requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de la elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente (...)”. Así, por disposición constitucional, es ineludible para quien pretenda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cumplir con la obligación, se repite, de acudir a esta carga pre-procesal y ante la autoridad administrativa electoral competente, so pena de que la demanda se rechace por carecer de uno de los presupuestos indispensables para que el juez contencioso electoral pueda avocar su conocimiento. Esta Sala también ha precisado que de conformidad con el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo el acto que es objeto de control judicial en el Contencioso Electoral es aquél que contiene la declaratoria de la elección. No obstante ser ello así, atendiendo la modificación que se introdujo al artículo 237 Superior, desarrollos jurisprudenciales complementaron tal aserto señalando que en el evento de existir pronunciamientos de fondo de la autoridad electoral en el trámite administrativo surtido antes de declararse la elección, producto de irregularidades puestas en su conocimiento nacidas en el proceso de votación o el escrutinio es necesario que, además de solicitar en las pretensiones de la demanda anular el acto que declara la elección, deba extenderse las súplicas de nulidad al acto o actos en que se decidió sobre las irregularidades. De igual manera dar por agotado válidamente el requisito de procedibilidad para efectos de la viabilidad procesal de la demanda de nulidad electoral exige que exista identidad - correspondencia entre lo que se alegó vía administrativa electoral y lo que se reclama vía judicial. Por ende, si en la demanda es otro el número de mesas, puestos de votación y zonas respecto de las cuales se plantea que existieron inconsistencias en el número de votos registrados en el proceso de escrutinio, al que ante la autoridad administrativa electoral se puso en conocimiento, ello ocasiona que no se cumpla debidamente con la exigencia del párrafo del artículo 237 de la Constitución Política. Así las cosas, ante el Juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberán proponerse las mismas irregularidades constitutivas de nulidad que en el proceso de votación y escrutinio hubieren sido puestas en conocimiento de la autoridad administrativa electoral ya por el demandante ya por cualquier ciudadano, pues de lo contrario habrá de declararse probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, por ser presupuesto procesal de la acción de nulidad electoral. La Sala no desconoce que de manera extraordinaria pueden llegarse a presentar excepcionalísimos casos en los cuales, por circunstancias insuperables a quien instaura la demanda y a cualquier ciudadano, le resultó imposible antes de la declaratoria de elección detectar la existencia de la irregularidad en la votación o en el escrutinio, posiblemente constitutiva de causal de nulidad. En tales eventos cuya acreditación compete al demandante que lo alegue, el juez electoral lo

examinará y determinará de conformidad con las circunstancias y condiciones presentes en el caso concreto a fin de definir si procede exonerar de tal presupuesto procesal a quien presenta la demanda y permitir que acuda directamente ante esta Jurisdicción.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el requisito de procedibilidad, Sentencia de 16 de febrero de 2012, Rad. 2010-00035 Cámara del Huila, M.P. Susana Buitrago Valencia. Sobre el acto objeto de control judicial en electoral, Sentencia de 18 de abril de 2013, Rad. 2011-00189-01, M.P. Susana Buitrago Valencia. Sobre la correspondencia que debe existir entre lo que se alegó vía administrativa electoral y lo que se reclama vía judicial. Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. 2011-01856-01.

CEDULAS EN CUSTODIA - Eventos en los que permanecen en la Registraduría por no haber sido reclamadas por el ciudadano / CEDULAS EN CUSTODIA - Alcance de la causal de nulidad por votos depositados por personas usando cédulas en custodia de la Registraduría / CEDULAS EN CUSTODIA - Circunstancias que se deben acreditar para la prosperidad del cargo / CEDULAS EN CUSTODIA - Cambio de cédula por deterioro

En sentencia del 6 de julio de 2009, (4056) la Sección Quinta del Consejo de Estado, al estudiar el cargo de nulidad de la elección de los Senadores de la República de Colombia, sustentado en votos depositados por cupos numéricos que correspondían a cédulas que se encontraban en custodia, expuso que estas cédulas corresponden a las que permanezcan en las dependencias de la Registraduría por no haberse reclamado por el ciudadano, por una cualquiera de los siguientes eventos: "i) Por expedirse la cédula por primera vez, caso en el cual la persona no está habilitada para votar por no tener dicho documento en su poder, ii) por pérdida o robo de la cédula original, en este caso tampoco se puede votar por carecer del documento de identidad y iii) por deterioro o cambio del formato de la cédula, evento en el cual el ciudadano conserva el original de dicho documento de identificación y puede ejercer el derecho al voto." En dicha providencia se señaló que para lograr la prosperidad del cargo se requería: "(...) acreditar que determinados ciudadanos ejercieron el derecho al voto, a pesar de no tener en su poder la cédula de ciudadanía por encontrarse ésta en las dependencias de la Registraduría, para lo cual esta entidad debe expedir la correspondiente certificación.". Conforme con lo anterior, para tener por demostrado el cargo de que hay votos que deben anularse porque fueron depositados usando cédulas que se hallaban en custodia se requiere: (i) probar que los ciudadanos ejercieron el derecho al voto a pesar de que su documento de identidad se encontraba en custodia de la Registraduría y, (ii) que los ciudadanos respecto de quienes se predica la irregularidad, el día de la elección no tenían en su poder la cédula de ciudadanía, lo contrario impide dar prosperidad al cargo. La Sala considera de suma importancia precisar, en relación con los tres eventos en los cuales la cédula de ciudadanía se encuentra en custodia de la Registraduría, cuándo el cargo "cédulas en custodia" puede plantearse de manera autónoma; en qué momento éste debe plantearse mediante otra modalidad de vicio - suplantación de electores, apocrificidad, entre otras - en la votación o en el escrutinio y en principio cómo debe demostrarse el cargo para que el juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo avoque su estudio de fondo, sin que sea la única forma para acreditar la existencia tales irregularidades. Para ejercer el derecho al sufragio, según lo consagra el artículo 99 Superior, es necesario ser ciudadano en ejercicio, calidad que se adquiere a los 18 años, edad en la cual se obtiene la cédula de ciudadanía por expresa disposición del artículo 62 del Código Electoral. Sin este documento no es posible sufragar, pues como lo prevé el artículo 114 ídem, es obligación del presidente del jurado de votación, exigir al

ciudadano la cédula de ciudadanía, con la cual verifica la identidad de la persona y si ésta se encuentra registrada en la lista de sufragantes, como trámite indispensable para permitirle depositar el voto. Conforme con el anterior recuento normativo y jurisprudencial, para la Sala, respecto de aquellas personas que por deterioro de la cédula solicitan su renovación, la circunstancia de que el nuevo documento se encuentre en custodia de la Registraduría Nacional del Estado Civil no es impedimento para que puedan sufragar, pues es claro que aun cuando su documento está a resguardo de dicha autoridad electoral, conservan la cédula de ciudadanía cuyo cambio solicitaron y, en tal medida, pueden ejercer sin restricción alguna su derecho fundamental al sufragio, es decir, su voto que debe considerarse válido. Así las cosas, cuando en una demanda electoral se argumente que debe declararse la nulidad de una elección popular porque se censura que ciudadanos que solicitaron la expedición de un nuevo documento de identidad debido a que el que poseían estaba deteriorado, ejercieron el derecho al voto a pesar que éste se hallaba en custodia de la autoridad administrativa competente, habrá de tenerse, se repite, por válido el sufragio salvo que se demuestre fehacientemente, sin que resulten ser las únicas situaciones, que el votante fue suplantado o que los datos registrados en los formularios electorales son falsos o apócrifos.

CEDULAS EN CUSTODIA - Solicitud de expedición de cedula por primera vez / CEDULAS EN CUSTODIA - Circunstancias que se deben acreditar para la prosperidad del cargo

Teniendo en cuenta que el único documento válido en Colombia para votar es la cédula de ciudadanía, para la Sala es evidente que cuando el cargo que se endilga a una elección de carácter popular es el de que una persona que solicitó la expedición de la cédula de ciudadanía por primera vez - por haber llegado a la edad de dieciocho años -, aparece sufragando aún cuando su documento de identidad se encontraba a cuidado de la Registraduría, el cargo denominado "cédulas en custodia" está llamado a prosperar, pues es innegable que ese ciudadano el día de la jornada electoral carecía del documento admitido para ejercer el derecho al voto. Así las cosas, este es el único evento en el que, en criterio de la Sala, el cargo "cédulas en custodia" puede plantearse de manera autónoma e independiente porque para su acreditación basta, sin necesidad de otra prueba, que el demandante demuestre: (i) Que el documento se encontraba en custodia de la Registraduría Nacional de Estado Civil, lo que se acredita con el acta mediante la cual se suspende la entrega de cédulas - firmada por el Ministerio Público y el Registrador -, pues en ésta se hace la relación de todos los números de las identificaciones que no se reclamaron, que en todo caso se realiza en cumplimiento de la directriz dada - Circular 170 de 2011 - por la Registraduría Nacional del Estado Civil el viernes a más tardar el sábado antes del día de las elecciones, procedimiento que acompaña el Ministerio Público de acuerdo con el "Instructivo de Control Electoral - ICE" emitido por la Procuraduría General de la Nación; (ii) que ese cupo numérico se asignó a una persona que solicitó la cédula por primera vez y, (iii) que con esa cédula se sufragó, lo que se acredita con el formulario E-11 - Acta de instalación y registro general de votantes -, indicando zona, puesto y mesa de votación en que ello ocurrió. Entonces, si ante el juez se demuestran las tres circunstancias anotadas, será suficiente para declarar la nulidad de esos votos.

CEDULAS EN CUSTODIA - Solicitud de duplicado por extravío o hurto / CEDULAS EN CUSTODIA - Circunstancias que se deben acreditar para la prosperidad del cargo de apocricidad por uso irregular de cedula en custodia / CEDULAS EN CUSTODIA - Circunstancias que se deben acreditar

para la prosperidad del cargo de suplantación de electores / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - En cualquiera de los eventos expuestos para probar el cargo cédulas en custodia, es obligación del demandante agotarlo

Cuando el cargo - cédulas en custodia - tiene origen en que una o más personas sufragaron no obstante su documento se encontraba bajo el cuidado de la Registraduría porque no se reclamó, y la solicitud del duplicado de la cédula se hizo porque ésta se extravió o fue hurtada, la Sala considera que en estos casos el juez debe obrar con suprema cautela, pues existe la posibilidad de que el ciudadano recupere su identificación bien porque la encontró o fue devuelta, eventos en los cuales el voto no es nulo. Es por ello que en estas circunstancias la Sala considera que el cargo "cédulas en custodia" no es autónomo, pues para acreditar que existió una irregularidad con éstas es necesario que el demandante demuestre: (i) que la cédula se encontraba en custodia de la Registraduría Nacional de Estado Civil que, como se indicó líneas arriba, puede hacerse con el acta mediante la cual se suspende la entrega de cédulas; (ii) que la persona titular de la misma no tenía la extraviada o hurtada - pues de comprobarse que sufragó utilizando su documento, el voto no puede tenerse como inválido - y, (iii) que, en consecuencia, el documento de identificación se usó fraudulentamente para diligenciar los formularios electorales por parte del jurado de votación o de un tercero (apocrificidad), o para suplantar al elector al momento de la votación, sin que ello signifique que estos dos son los únicos eventos a través de los cuales se puede desarrollar el cargo cuando el vicio de uso de cédulas en custodia nazca del argumento de que estas se encontraban al cuidado de la Registraduría. Se precisa que no existe ninguna irregularidad en el voto que genere como consecuencia la nulidad del mismo cuando el ciudadano titular de la cédula de ciudadanía ejerce su derecho fundamental a sufragar. Además de lo anterior se reitera, que corresponde señalar claramente, a quien demanda: el nombre, cédula, zona, puesto y mesa de votación en que se presentó la supuesta irregularidad, cuando lo que se pretenda es demostrar apocrificidad por uso irregular de cédulas en custodia, lo contrario impide tener por probado el cargo. En el caso de que lo pretendido sea acreditar que las cédulas que se encontraban en custodia se utilizaron mediante el mecanismo de "suplantación de electores", además de los requisitos indicados en el párrafo anterior deberá individualizarse en la demanda a los suplantados y a los suplantadores de conformidad con los lineamientos que estableció esta Sección en Sentencia del 27 de agosto de 2009, Exp. 2007-00246-01. El cumplimiento de los citados requisitos permitirá examinar si existen inconsistencias entre el nombre que aparece en el formulario E-11 y el del titular de la cédula que figura en el Archivo Nacional de Identificación o en el censo electoral. La Sala aclara, que en cualquiera de los eventos expuestos para probar el cargo "cédulas en custodia", es obligación del demandante agotar el requisito de procedibilidad de la acción para poder acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues como ya se señaló, tal carga impuesta en la Constitución Política, es ineludible, salvo en aquellos casos en que obre prueba irrefutable de que la irregularidad sometida a juicio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no se pudo poner en conocimiento de la autoridad administrativa electoral competente, antes de que declarara la elección.

NULIDAD ELECTORAL - Cumplimiento del requisito de procedibilidad / NULIDAD ELECTORAL - Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de integración del petitum / EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Declarada de oficio por falta de integración del petitum / FALTA DE INTEGRACION DEL PETITUM - Junto con el acto de elección debe

pedirse la nulidad de aquél en que se decidieron las supuestas inconsistencias

El apelante planteó en relación con la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, que la candidata del Partido Cambio Radical Yenis Orozco Bonett (Número 5 en el Tarjetón), obtuvo 157 votos, pero que en realidad debieron ser 156, con lo cual se incurrió en error aritmético, motivo por el cual debe declararse la nulidad de esta mesa. La Sala observa que el actor planteó en la demanda este argumento, sin embargo el Tribunal no se pronunció al respecto. También evidencia que manifestó tal inconformidad durante los escrutinios, motivo por el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo recontó y verificó los votos consignados en el E-14 de la mesa y en el E-24 zonal mesa a mesa y no encontró el error aritmético aducido, con lo que el demandante cumplió con el requisito de procedibilidad. Sobre el particular en el documento titulado "Acta general de escrutinio practicado por la comisión escrutadora municipal sobre los votos emitidos ante las mesas de votación instaladas en la circunscripción electoral de las zonas de votación de malambo para las elecciones del departamento del atlántico celebradas el domingo 30 de octubre de 2011", se dejó la siguiente anotación: "De igual forma el candidato al concejo del municipio de Malambo Atlántico, señor William Enrique Romero Navarro, manifiesta que el consolidado de la zona 2 puesto 2 mesa 1 el candidato 5 de cambio radical arroja un total de 157 votos siendo realmente 156 votos por lo que se procede al conteo voto a voto de la mesa antes anotada, en lo referente a la reclamación presentada, una vez hecho el escrutinio se constató que estaba consignado correctamente en los E-14 y en los E-24 por lo cual no existe ningún error." Conforme con lo anterior, si bien el demandante frente a este cargo en particular cumplió con agotar en debida forma el requisito de procedibilidad, para la Sala es incuestionable que la demanda, en cuanto a este reproche es inepta, porque junto con el acto mediante el cual se declaró la elección también debió demandarse la decisión de la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo, a través de la cual resolvió negar la solicitud del actor. La Sección Quinta reitera que en aquellos eventos en los cuales ante la autoridad electoral se han planteado irregularidades surgidas durante el proceso de votación y escrutinio - deben alegarse antes de declararse la elección - y ésta las resuelve, junto con el acto de elección debe pedirse la nulidad de aquél en que se decidieron las supuestas inconsistencias, pues tratándose de un acto administrativo no debe quedar vigente y válido en el ordenamiento jurídico. Así las cosas, como el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro no demandó junto con el acto que declaró la elección acusada, la nulidad del acta general de escrutinios, en donde la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo resolvió la presunta irregularidad en la votación de la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, la Sala declarará de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de integración del petitum.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la obligación de demandar los actos que resuelven las reclamaciones. Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. 2011-01849-01, M.P. Susana Buitrago Valencia. Sección Quinta.

PROCESO ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Falta de agotamiento / EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Probada frente al cargo de votación de ciudadanos cuyo documento de identidad se encontraba en poder de la Registraduría el día de las elecciones

Frente a este cargo en particular, corresponde a la Sala determinar si el demandante debía agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral o si, como lo dispuso el Tribunal a quo, en esta oportunidad no debe

exigirse tal carga, debido a que como lo expuso el señor Romero Navarro, se enteró de la irregularidad en que sustenta las pretensiones de nulidad, tres (3) días después - 10 de noviembre de 2011 - de haberse declarado la elección de los concejales de Malambo - 7 de noviembre de 2011 -, circunstancia que le impedía cumplir con esa obligación de rango constitucional, hecho que lo legitimaba para acudir directamente ante esta jurisdicción. En el asunto bajo estudio no obra prueba que permita a la Sala concluir, como lo hizo el Tribunal Administrativo del Atlántico, que el señor William Enrique Romero Navarro no contó con la oportunidad de poner en conocimiento de la Comisión Escrutadora de Malambo que 3.462 personas, que tenían la cédula de ciudadanía en custodia de la Registraduría Nacional del Estado Civil, usaron tal documento en la jornada electoral adelantada el 30 de octubre de 2011, con el fin de que esa autoridad se pronunciara. Si en gracia de discusión el demandante hubiera alegado que conoció de la Resolución 170 de 2011 pero que no tuvo acceso a la relación de las cédulas que quedaron en custodia de la Registraduría y, por ello, estaba impedido para solicitar a la autoridad electoral, antes de que declarara la elección, pronunciarse sobre la irregularidad que alega en la demanda, para la Sala tal afirmación no podría ser de recibo porque el artículo 223 del Código Nacional Electoral es claro cuando establece que cualquier persona está en el derecho de obtener de la Registraduría el número, lugar y fecha de expedición de documentos de identidad pertenecientes a terceros y que solo tiene carácter reservado la información que se refiere a la identidad de las personas. (...) Establecido que cualquier persona puede acceder a la información contenida en el acta de cierre de entrega de cédulas o a la de descongelamiento de entrega de cédulas, se concluye que en el presente asunto el demandante pudo haber agotado, antes de que se declarara la elección de los concejales de Malambo, el requisito de procedibilidad. Es evidente que si el señor Romero Navarro podía obtener la relación de las cédulas que se encontraban en custodia de la Registraduría por no estar revestida de reserva, tuvo oportunidad como mínimo desde el 2 de noviembre de 2011 y hasta antes de que se declarara la elección - 7 de noviembre de 2011 - de solicitar, con apoyo en el listado de cédulas en custodia, a la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo verificar si personas sufragaron a pesar de que sus documentos de identificación se encontraban en poder de la Registraduría Municipal, no obstante no lo hizo, con lo cual instauró la demanda careciendo del requisito de procedibilidad. Lo expuesto lleva a concluir que no es cierto, como lo aceptó el a quo, que solo el 10 de noviembre de 2011 el señor William Enrique Romero Navarro conoció que 3.462 cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría de Malambo se usaron en los comicios del 30 de octubre de 2011 de esa Localidad y, por ello, se imponía exigir el requisito de procedibilidad, motivo por el cual se revocará la sentencia del 22 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo del Atlántico en el sentido de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del aludido requisito frente a la censura de las cédulas en custodia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01474-01

Actor: WILLIAM ENRIQUE ROMERO NAVARRO Y OTRO

Demandados: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE MALAMBO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro¹ contra la sentencia del 22 de febrero de 2013 dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la cual se decidió:

“Primero.- Declárase probada parcialmente la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos en la parte motiva de la presente providencia, en el acápite respectivo.

Segundo.- Declárase no probadas las demás excepciones invocadas por los accionados.

Tercero.- Niéganse las súplicas de la demanda, conforme las consideraciones expuestas en precedencia.

Cuarto.- Notifíquese personalmente esta providencia al Ministerio Público por conducto del respectivo Procurador Delegado en lo Judicial ante este Tribunal” (folio 279 cdno. ppal. exp. 2010-01474).

I. ANTECEDENTES

A.- Demandas

1. Pretensiones de las demandas

1.1. William Enrique Romero Navarro (rad. 2011-00311)

El señor William Enrique Romero Navarro, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que elevó las siguientes pretensiones:

“1) Que se declare nulo el acto de fecha 7 de Noviembre (sic) del 2011, proferido por la COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL de MALAMBO ATLANTICO, por medio del cual se hicieron (sic) la declaratoria de elección de los concejales del MUNICIPIO de MALAMBO ATLANTICO, para el período 2012-2015 y se declaró electo y expidieron credenciales a los CONCEJALES YENIS

¹ *Apelante único.*

OROZCO BONETT, JAIR RAFAEL DE LA CRUZ VARELA, YULEIMYS CECILIA HERAZO HERNANDEZ y ALEJANDRO RAFAEL BARRIOS DE ALBA para el período 2012-2015 del partido Cambio Radical en el tarjetón electoral, cuya elección debe anularse y en su reemplazo se llamará a suceder al candidato que reúna las condiciones, cualidades y requisitos constitucionales para ser electo CONCEJAL del MUNICIPIO DE MALAMBO ATLANTICO, de acuerdo con el mayor número de votos depositados en las urnas a su favor de conformidad con el escrutinio realizado por la COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL de MALAMBO ATLANTICO, al candidato de la misma lista que siguiera en orden descendente tal como lo previene el CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Como consta en los actos de ESCRUTINIO GENERAL y PARCIAL cuyas copias presento como prueba.

En ese orden de ideas, esa curul debe estar representada en cabeza de mi mandante WILLIAM ENRIQUE ROMERO NAVARRO candidato al Concejo del MUNICIPIO de MALAMBO ATLANTICO para el período 2012-2015 por el partido Cambio Radical No. 9 en el tarjetón electoral.

2) Que para la decisión anterior una vez ejecutoriada la sentencia sea comunicada por sendos oficios dirigidos al PRESIDENTE del HONORABLE CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, al REGISTRADOR NACIONAL del ESTADO CIVIL, a los DELEGADOS para la CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL del ATLANTICO, a los DELEGADOS DEPARTAMENTALES del REGISTRADOR NACIONAL del ESTADO CIVIL en el ATLANTICO, al PRESIDENTE del HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR del DISTRITO JUDICIAL del ATLANTICO, al PRESIDENTE del HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO del ATLANTICO y demás autoridades de ley que se deba comunicar. Cancélese la credencial de los CONCEJALES YENIS OROZCO BONETT, JAIR RAFAEL DE LA CRUZ VARELA, YULEIMYS CECILIA HERAZO HERNANDEZ y ALEJANDRO RAFAEL BARRIOS DE ALBA”.

1.2. Hechos en que se funda la demanda

El apoderado judicial del actor como fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, sostuvo lo siguiente:

Que su poderdante participó en las elecciones celebradas el 30 de octubre de 2011, como candidato por el Partido Cambio Radical al Concejo del municipio de Malambo.

Que el 7 de noviembre de 2011 la Comisión Escrutadora Municipal declaró electos a los concejales demandados a pesar de que 3.462 personas ejercieron el

derecho al voto con sus cédulas de ciudadanía, las cuales se encontraban en custodia de la Registraduría Municipal de Malambo.

Aseguró que ese número de documentos de identidad en custodia se puede verificar en el acta de 29 de octubre de 2011, suscrita por el Registrador y el Personero Municipal de Malambo, donde se dejó la siguiente constancia: "Dando cumplimiento a la Circular N.º 170 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual estipula el cierre de entrega de cédulas de ciudadanía que no fueron reclamadas por los ciudadanos, se procede a sellar los lockers donde reposa el archivo de cédulas de esta Registraduría, este sello se levantará el día lunes 2 de noviembre del presente año en horario de oficina."

En apoyo a su censura citó los siguientes casos: "22'528452 voto en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 4; 32'610.402 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 7; 32'611.666 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 7; 72'041.316 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 10; 32'613.737 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 8; 32'613.757 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 8; 32'583.260 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 6; 32'583.319 sufragó ilícitamente en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 1, MESA 6. Que la misma situación aconteció en el COLEGIO MARIA AUXILIADORA, ZONA 99, PUESTO 1 CARACOLI, con las cédulas de ciudadanía números 22'351.139 mesa 3, 22'531.200 mesa 3, 22'531.251 mesa 3, 22'276.061 mesa 4, 22'684.562 mesa 4, 26'858.883 mesa 4, 72'041.332 mesa 6 y 72'431.131 mesa 7².

Que la votación de las citadas mesas debe anularse junto con aquella en que sufragaron las más de 3.000 personas cuyas cédulas de ciudadanía tenía en custodia la Registraduría Municipal de Malambo.

Además, pidió que se anulara la votación de la Zona 2, Puesto 1, Mesa 8, porque la Comisión Escrutadora de Malambo decidió una reclamación que presentó la señora Yenis Orozco Bonett, en su entender, con carencia de competencia para ello.

² El actor no citó los nombres de los supuestos sufragantes.

También pidió la nulidad de la votación de la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, para lo cual sostuvo que la candidata identificada con el N°. 5, Yenis Orozco Bonett, en el Partido Cambio Radical, obtuvo 157 votos, pero en realidad fueron 156, con lo cual se incurrió en error aritmético.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señala como vulnerados el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y los artículos 263 y 263A de la Constitución Política.

Expone que se vulneró la primera norma porque en Malambo votaron personas con cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Nacional de Estado Civil, lo que se traduce en que los registros que sirvieron para declarar la elección de los concejales de dicho municipio son falsos o apócrifos.

Que con la elección demandada también se vulneraron los artículos 263 y 263A de la Constitución Política porque en éstos se desarrolla lo relacionado en materia de umbral y cifra repartidora, de manera que si el Partido Cambio Radical "(...) pasa su umbral, las sumas (sic) repartidoras a proveer los candidatos a concejo lo ubicarían en el primer lugar (...)", de lo que se extrae que sería él quien debió ser declarado Concejal de Malambo.

1.4. Pablo Yepes Rudas (rad. 2011-01474)

El apoderado del demandante solicitó hacer las siguientes declaraciones:

"1.- Que se declare **NULA** la elección del **CONCEJO MUNICIPAL DE MALAMBO (ATLANTICO)** contenida en el Acta General de Escrutinios de fecha siete (7) de noviembre de 2011 proferida por la **Comisión Escrutadora Municipal de Malambo (Atlántico)**, a la cual se anexó el formulario **E-26**, por haberse permitido votar a ciudadanos que tenían su cédula de ciudadanía en custodia en las Oficinas de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Malambo, por no haber sido reclamadas a tiempo por sus titulares, debidamente relacionadas por sus números y sometidas a custodia, con sello de seguridad incluido, los cuales fueron violentados, acto que desvirtuó la realidad electoral de dicha entidad territorial, al incrementarse la votación de **Concejo Municipal** DE MANERA ARTIFICIAL Y DOLOSA, UTILIZANDO A QUIENES, ESTANDO INCLUIDOS EN EL Censo Electoral (sic), estaban imposibilitados jurídicamente para ejercitar el derecho a elegir, por no contar con el documento idóneo, único en Colombia, la Cédula de Ciudadanía, con sus nuevas características y logos que la distinguen, generándose la **causal 2ª de NULIDAD** prevista

en el **Artículo 223 del C.C.A.**, sobre las siguientes Mesas y/o Pliegos Electorales, que también se anulan, por Falsedad y/o apocricidad:

**LISTADO DE PERSONAS QUE VOTARON Y SUS CEDULAS EN CUSTODIA.
A CONTINUACION RELACIONAMOS LOS NOMBRES, NUMEROS DE CEDULAS, ZONA Y MESAS**

Nombre	Cédula	Zona	Puesto	Mesa
Oviedo Rodríguez Luz Eurípides	3.899.009	02	02	02
Bausan Zúñiga Robinson	7.420.433	02	02	03
Contreras Fernández José Alfredo	9.176.752	02	02	06
Osorio Ortiz Gumerando	9.315.336	02	02	06
Hernández Fuentes Juan Milan	10.915.698	02	02	06
Padilla Jaramillo Dagoberto Enrique	8.799.845	02	02	06
Velaides Beleño Fran	9.166.396	02	02	06
García Bohórquez Luis Eduardo	17.020.823	02	02	07
Costa Julio Fidel Segundo	12.637.756	02	02	07
González Martínez Claudia Fabiola	22.304.251	02	02	08
Fernández González Isabel	22.389.406	02	02	08
Escobar Polo Nely	22.526.795	02	02	10
Peñate Padilla Gloria Elena	22.590.842	02	02	11
Herrera Escobar Jazmín Esther	32.583.541	02	02	15
Boneth Lara Luz Edith	32.584.110	02	02	16
Monterroza Florian Angeli María	32.614.765	02	02	18
Romero Montero Elis Johanna	32.614.803	02	02	18
Camacho de Morales Gladys	32.620.059	02	02	18
Ramo Plata Bleidys Diana	32.642.914	02	02	18
Pombo Suárez Ivett del Carmen	32.728.173	02	02	19
Campo Guerra Mónica Lourdes	32.731.747	02	02	19
Torres Vanegas Diana Esther	32.711.008	02	02	19
Rodríguez Toscano María Alexandra	32.157.966	02	02	20
Stana Castilblanco Celina Rosa	32.711.914	02	02	20
Zúñiga Sandoval María Estela	32.856.640	02	02	21
Maza Marriaga Emnia Luisa	32.857.073	02	02	21
Peña Romero Luz Amalia	32.859.140	02	02	22
Rolong Avila Judith Beatriz	32.859.193	02	02	22
Montero Dávila Rosa María	33.211.220	02	02	23
Montes Guzmán Francia Elena	33.277.698	02	02	23
Corcia Gómez Alfonso Mauricio	72.048.493	02	02	28
Mendoza Severiche Javit Jair	72.048.241	02	02	32
Navarro Henao Juan José	73.315.285	02	02	32
Pico Cavarique César José	91.289.970	02	02	33
Suárez España Kimberly	1.047.335.087	02	02	35
Darín Atencio Yorki Manuel	1.048.269.107	02	02	36
Monsalve Mejía José	1.048.271.557	02	02	37
Visbal Arias Emna	1.048.277.538	02	02	38
Ruíz Robles Andrés	1.048.283.492	02	02	41

Rodríguez Rivas Ingris del Carmen	32.885.442	02	02	42
Blanco Hoyos Roiser	1.048.286.215	02	02	43
Ruíz Carrasco Mayerlis	1.048.289.310	02	02	44
Escorcia de Alba Yoenis Patricia	1.048.289.406	02	02	44
Paredis Rolong Zuley del Carmen	1.048.290.645	02	02	45
Cera Noriega Marciano Modesto	7.440.156	02	03	01
Gutiérrez Olivare Ovidio José	8.759.315	02	03	02
Miranda Herrera Nicolás	8.747.149	02	03	02
Fandiño Herrera Marco Antonio	12.617.250	02	03	02
Herrera Arévalo José	19.774.150	02	03	02
Suárez de Hoyos Berta Isabel	22.795.497	02	03	03
Run Ferrer Guadalupe	22.682.998	02	03	03
Barros Demoya Kellys Patricia	32.580.332	02	03	04
Martínez Varela Cecilia	32.612.518	02	03	04
Frent González Lily Johana	32.582.430	02	03	04
Varela Rivera Yaquelin	32.611.279	02	03	04
Balsa Sandoval Margarita	32.863.091	02	03	06
Monsalve Martínez Gustavo	5.762.648	01	01	02
Rodríguez Díaz Yesid Henrique	8.589.021	01	01	03
Gutiérrez Romero Jorge Luis	10.944.749	01	01	05
Marriaga de Salazar Carmen Esthela	22.350.325	01	01	07
Querales Niebles Giovanni	3.733.274	99	01	01
De Alba Mercado Asdrúbal	8.771.165	99	01	02
Rolong Gutiérrez Judith Raquel	22.531.251	99	01	03
Martínez Niebles Iba Cecilia	22.531.139	99	01	03
Herrera Mercado Fanni María	22.694.961	99	01	04
Bolaño Pertuz Yaneth Esther	26.858.883	99	01	04
Pertuz Pertuz Yasmín Yiset	32.582.666	99	01	04
Pacheco de Polo Magola	22.684.562	99	01	04
Pedraza Martínez Ana de Jesús	32.810.473	99	01	05
Barrios Solano Oscar Ruíz	72.041.332	99	01	06
De Alba Montero Germán	72.431.131	99	01	07
De La Hoz Pedraza José Miguel	1.048.290.579	02	01	30
Castro Hernández Anderson Jair	1.048.288.387	02	01	29
Bonett Camargo Saray Cecilia	22.528.452	01	02	04
González de La Hoz Johana Paola	32.583.319	01	02	06
De Alba Suárez Milena	32.583.260	01	02	06
Herrera Miranda Gloria Cristina	32.611.666	01	02	07
Rocha Solano Martha Undina	32.610.402	01	02	07
Sarmiento Miranda Domaris	32.613.737	01	02	08
Pallares Gutiérrez Adira Luz	32.613.757	01	02	08
Miranda Anguila Waldo José	72.041.316	01	02	10

2.- Que, además, es **NULA LA CREDENCIAL** expedida por la **Comisión Escrutadora Municipal de Malambo (Atlántico)**, integrada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, a favor de los **CONCEJALES DECLARADOS ELECTOS EN EL MUNICIPIO DE MALAMBO (ATLANTICO)**.

3.- Ordenar la realización de nuevos **ESCRUTINIOS** para **CONCEJO MUNICIPAL DE MALAMBO (ATLANTICO)** con fundamento en el **artículo 247 del C.C.A.**, excluyendo los Pliegos Electorales **AFFECTADOS** de falsedad y/o Aprocrifidad, correspondientes a cada una de las mesas enumeradas arriba bajo el titular **“LISTADO DE PERSONAS QUE VOTARON Y SUS CEDULAS ESTABAN EN CUSTODIA. A CONTINUACION RELACIONAMOS LOS NOMBRES, NUMEROS DE CEDULAS, ZONA Y MESAS”**.

4.- Oficiése al señor Gobernador del Departamento del Atlántico y al señor Alcalde Municipal de Malambo (Atlántico) para que garanticen el nuevo Escrutinio de dicha entidad territorial para **CONCEJO MUNICIPAL DE MALAMBO, EL CUAL SERA EJECUTADO POR LA RESPECTIVA Comisión Escrutadora Municipal** que sea nombrada para el municipio de Malambo (Atlántico) por el **H. Consejo Nacional Electoral**, A quien se le comunicará la presente decisión, para efectos de una nueva declaratoria de elección y ejercicio de su función coadministradora.

5.- Oficiése a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.”.

1.5. Hechos en que se funda la demanda

El apoderado judicial del señor Pablo Yepes Rudas informó que su poderdante participó por el Partido Conservador Colombiano como candidato al Concejo del municipio de Malambo en las elecciones celebradas el 30 de octubre de 2011.

Que en dicha jornada electoral se presentó fraude electoral porque la Registraduría Municipal de Malambo, quien tenía en custodia las cédulas de ciudadanía que no fueron reclamadas por los ciudadanos a tiempo, al parecer el día de las elecciones se las entregó a sus titulares, quienes sufragaron y luego devolvieron los documentos a la entidad, hecho evidente porque los “paquetes” en que se encontraban las cédulas fueron abiertos y de ello dejó constancia escrita el Registrador de esa localidad en acta de 10 de noviembre de 2011.

Que por estos hechos el Registrador y el Personero de Malambo presentaron denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

Que la circunstancia de haberse utilizado en la jornada electoral, para votar, unas cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia, alteró la votación relacionada con los concejales de Malambo, toda vez que los datos electorales con los que fueron elegidos son falsos.

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicitó declarar la nulidad de los actos acusados.

1.6. Normas violadas y concepto de la violación

Señala como norma violada el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

En síntesis expone que se vulneró la norma porque en las mesas de Malambo que relacionó en las pretensiones de la demanda votaron personas con cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría Municipal de Malambo, lo que se tradujo en que los registros que sirvieron para declarar la elección son falsos o apócrifos.

2. Contestaciones a la demanda (rad. 2011-00311)

2.1. De los concejales de Malambo: Yenis Orozco Bonett y Alejandro Barrios de Avila

En un solo escrito y por intermedio de apoderado judicial sostuvieron que no se agotó el requisito de procedibilidad porque las inconsistencias en que apoya el actor sus censuras no fueron puestas en conocimiento de la autoridad administrativa antes de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por consiguiente, piden que se nieguen las pretensiones.

2.2. Contestaciones a la demanda (rad. 2011-01474)

2.2.1. Por los concejales Bedel Isidoro Conrado Gutiérrez, José de la Cruz Oyola Pardo, Alberto Luis Moreno Bula y Jair de Jesús Barceló Thomas

Mediante apoderado judicial se opusieron a las pretensiones de la demanda. Argumentaron que la Fiscalía General de la Nación no abrió investigación formal por los hechos que se narran y, por ello, no se pueden tener por ciertos para declarar la nulidad de la elección de los concejales de Malambo.

Propusieron la excepción de caducidad de la acción porque el acto mediante el cual se declaró la elección de los concejales se notificó el 7 de noviembre de 2011 y la demanda se radicó el 7 de diciembre del mismo año, esto es, en su parecer, un día después de la oportunidad prevista para el efecto.

2.2.2. Por los concejales Santander Vicente Zarache Zambrano, Yenís Orozco Bonett, Yuleimys Cecilia Herazo Hernández, Yair Rafael de la Cruz Varea, Zuleima Cecilia Archila Hernández, Raquel del Socorro Ferrer Escorcía, María Auxiliadora Castro Gutiérrez, Enoc Valaides Beleño, Sergio Enrique Ramírez Payares, Yuleimei Herazo Hernández, Jhonis Rafael González Ortega y Chibili Jassir Blanco

El apoderado judicial expresó que el señor Pablo Yepes Rudas debe probar que las 81 cédulas de ciudadanía que relacionó en su demanda efectivamente se sustrajeron de las oficinas de la Registraduría Municipal de Malambo, se usaron para votar y luego se devolvieron a la entidad.

Que el demandante simplemente hizo una relación de cédulas de ciudadanía que en su parecer fueron parte de una denuncia que se presentó ante la Fiscalía General de la Nación por supuesto fraude en las elecciones, sin demostrar que tal entidad efectivamente la recibió.

Que el actor aportó al expediente una copia sin firmas de la presunta acta de inventario de cédulas de 10 de noviembre de 2011 que diligenció el Registrador Municipal de Malambo.

Que lo anterior conduce a que la demanda carezca de prueba que demuestre la ocurrencia de los hechos en que se fundó; además, no acreditó cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción, pues previamente a la presentación de la demanda no se pusieron en conocimiento de las autoridades administrativas electorales las inconsistencias que ahora se señalan.

Agregó que junto con la demanda tampoco se aportó copia auténtica del acto acusado (fls. 234 a 252).

Con fundamento en los anteriores argumentos solicitó declarar la excepción de “inepta demanda” o, en su lugar, negar sus pretensiones.

3. Trámite en primera instancia.-

Las demandas se presentaron ante los Juzgados Tercero y Segundo Administrativos de Barranquilla, despachos que por autos de 5 y 13 de diciembre de 2011, respectivamente, declararon su falta de competencia para conocer de los procesos debido a que el municipio de Malambo (Atlántico) tiene más de 70.000 habitantes, en consecuencia, remitieron los expedientes al Tribunal Administrativo del Atlántico³.

Mediante autos de 11 de enero de 2012 y 1º de junio de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió las demandas y ordenó notificarlas al Ministerio Público y a los Concejales electos de Malambo⁴. Y por auto de 25 de julio de 2012 decretó la acumulación de procesos⁵.

En sorteo efectuado el 3 de agosto de 2012 en el Tribunal Administrativo del Atlántico, se asignó el ponente para el proceso acumulado⁶.

4. Alegatos de conclusión

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 236 del Código Contencioso Administrativo.

El apoderado judicial del demandante, William Enrique Romero Navarro, reiteró los argumentos que expuso en la demanda.

El demandante Pablo Yepes Rudas, mediante apoderado judicial, solicitó declarar la nulidad de la elección de los concejales de Malambo. Para ello recurre a la declaración que rindió dentro del proceso el señor Oscar Luis Barrios Solano, en la cual éste, expresó: "(...) que si tiene dos cédulas en su poder, el motivo de que él tiene dos cédulas, es porque él perdió una cédula o la tenía extraviada, tramitó una cédula en la Registraduría y durante ese trámite la encontró; pero la que estaba en trámite no la había reclamado, la cédula que estaba en trámite sí estuvo en custodia de la Registraduría de Malambo, que la reclamó después de la

³ Fls. 48 a 50 y 117 cuadernos principales.

⁴ Fls. 117 y 118 - 129 y 130 cuadernos principales

⁵ Fls. 200 a 202 cuaderno 1 exp. 2011-01474.

⁶ Fls. 152 a 154 cuaderno principal exp. 2011-01474.

elección de Alcalde y concejales.”, testimonio que es adverso a sus intereses porque demuestra que, respecto de este votante, no hubo irregularidad.

Manifestó, respecto del testimonio de la señora Yaneth Bolaño Pertuz, que su declaración en el proceso fue contradictoria porque dijo que perdió la cédula de ciudadanía y para probar su afirmación aportó la denuncia; no obstante, sostuvo que si bien no reclamó el duplicado, votó porque encontró el documento que inicialmente se le extravió.

Afirmó que las pruebas documentales y testimoniales de algunos sufragantes recaudadas en el proceso demuestran el fraude electoral y, por ello, debe decretarse la nulidad de la elección de los concejales de Malambo.

Los demandados guardaron silencio.

5. La sentencia apelada

*Se trata de la proferida el 22 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la cual esa Corporación declaró probada parcialmente la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en relación con la demanda propuesta por el señor **William Enrique Romero Navarro** debido a que éste solicitó anular los votos depositados en la Zona 2, Puesto 1, Mesa 8 sin poner previamente en conocimiento de la autoridad administrativa respectiva las inconsistencias en que sustentó la pretensión.*

Adujo que la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto del cargo referido a personas que votaron pese a que sus cédulas de ciudadanía estaban en custodia no podía prosperar en relación con ninguna de las demandas acumuladas, porque la declaración de elección de concejales se efectuó el 7 de noviembre de 2011 y la presunta sustracción de los documentos de la Registraduría de Malambo se conoció el 10 de noviembre de 2011, con ocasión del inventario suscrito por el Registrador de Malambo y el Subintendente de la Policía Nacional Charles Herrera Caballero.

Que no prosperaba la excepción de caducidad de la acción propuesta contra la demanda presentada por el señor Pablo Yepes Rudas porque contados los 20 días para demandar desde el día siguiente a aquél en que se declaró la elección -

7 de noviembre de 2011 -, la oportunidad procesal para radicar la demanda vencía el 6 de diciembre de 2011, fecha en que efectivamente se presentó.

Sostuvo que la excepción a la demanda del señor Yepes Rudas, referida a la ausencia de copia auténtica del acto administrativo demandado no podía prosperar porque la Registraduría Nacional del Estado Civil allegó al proceso copia auténtica del acto.

Frente al caso concreto determinó, luego de interpretar las dos demandas - resueltas de manera conjunta -, que el cargo a resolver era el de **suplantación de electores**. Lo anterior porque los demandantes argumentaron que los titulares de las cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría Municipal de Malambo votaron a pesar de no poseer el documento de identidad.

Luego de referirse al artículo 391 del Código Penal y a la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷, el a quo concluyó que la suplantación de electores solo se configuraba por ausencia de la persona titular del voto, esto es, cuando se depositaba un voto por una persona diferente a quien en realidad debía sufragar.

Que la pretensión de nulidad soportada en el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo se presenta cuando se altera la verdad electoral, como cuando aparecen votos de personas que no intervinieron en las urnas, se registran votos ajenos a los verdaderamente escrutados etc., todo lo cual debe estar debidamente soportado con pruebas. Los testimonios rendidos dentro del proceso por algunas de las personas que, según los demandantes, votaron pese a que su documento de identidad se encontraba en custodia de la Registraduría Municipal de Malambo demostraron que ejercieron el derecho a sufragar bien porque contaban con la cédula de ciudadanía anterior o porque reclamaron la nueva antes de la jornada electoral.

⁷ Hace referencia, en especial, al Fallo de 11 de septiembre de 2005, expedientes acumulados 3190 y 3192, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, en el cual se dijo lo siguiente "(...) la necesidad de individualizar cada cargo, trátese de suplantación o de trashumancia electoral, etc., se explica en que el derecho al voto, como clara manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), es un derecho que se ejerce en forma individual, un voto por cada ciudadano, de modo que si la acusación se sustenta en que por determinada persona sufragó otra, usurpando su derecho y lugar, o en que en las urnas depositaron su voto personas que no podían participar en la elección (...) la parte demandante está obligada a individualizar cada caso, ya que el reporte en masa está descartado porque cada caso debe ser identificado plenamente en la demanda y probado dentro del proceso, para que pueda ser examinado en concreto. (...)". También se refirió a la sentencia del 19 de septiembre de 2008, expedientes acumulados 4027, 4028, 4029, 4030 y 4045, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Indicó que, además, la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el oficio N.º 00900-ASE-1919 del 8 de octubre de 2012, aportó copia del acta de inventario suscrita por el Registrador de Malambo y el Subintendente de la Policía Nacional Charles Herrera Caballero en la que dejaron constancia que si bien se manipularon los sellos de las bolsas, no faltaba ninguna cédula de ciudadanía en custodia, lo que excluía la existencia de las supuestas anomalías denunciadas.

Que de las pruebas pedidas, decretadas y aportadas al expediente no se pudo determinar que los votos depositados el 30 de octubre de 2011 para el Concejo de Malambo, tuvieron origen en cédulas que se encontraban en custodia de la Registraduría Municipal, lo que conducía a que las pretensiones de las demandas no prosperaran.

6. Recurso de apelación

De los demandantes solo apeló el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro (Rad. 2011-00311), quien formuló los siguientes reparos contra la sentencia de primera instancia:

Solicitó que se declare al señor Romero Navarro concejal del municipio de Malambo porque las pruebas allegadas al proceso que “apuntan a su elección” no fueron valoradas en conjunto; motivo por el cual pide declarar la nulidad de la elección de los concejales de Malambo, pues en dicha localidad votaron 3.462 personas que no podían hacerlo en razón a que su cédula de ciudadanía estaba en custodia de la Registraduría Municipal, lo cual generó la falsedad de los formularios E-11, E-14 y E-24.

Indicó que con la situación expuesta se violaron los artículos 21, 23 y 223 del C.C.A. porque votaron con cédulas en custodia y hubo “falsedad personal”. Que también se transgredieron los artículos 12, 263, 263A de la Constitución Política.

Que, además, en el acta general de escrutinio figura que se presentó reclamación por error aritmético frente a la mesa 8, del puesto 1 de la zona 2, razón por la cual ha debido decretarse la revisión voto a voto, vulnerándose el derecho a elegir y ser elegido.

En relación con la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, la candidata identificada con el No. 5 del partido Cambio Radical, Yenis Orozco Bonett obtuvo 157 votos, pero que en realidad fueron 156, por ello solicita la nulidad de esta mesa.

7. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación en cuestión se admitió por auto de 30 de agosto de 2013, en el cual se dispuso la fijación en lista para que las partes alegaran de conclusión. Igualmente se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público para que rindiera concepto.

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, emitió concepto indicando que se ceñiría a los términos del recurso de apelación. Expuso los siguientes argumentos:

Que el apelante manifestó que 3.462 personas cuyo documento de identidad se encontraba en custodia de la Registraduría de Malambo votaron, afirmación que no demuestra el supuesto fraude porque “cuando el ciudadano solicita la expedición de un duplicado o el cambio de la cédula el documento cuya reposición solicita continua en su poder”, de manera que estas personas no tienen restricción para ejercer su derecho al voto, circunstancia que no permite tener por probada la suplantación electoral o el indebido uso de cédulas en custodia de la Registraduría.

*Que si eventualmente se permitió a los ciudadanos titulares de las cédulas de ciudadanía custodiadas por la Registraduría de Malambo votar con éstas, tal inconsistencia no se probó en el proceso pues no se precisó **la zona, puesto y mesa de votación en que cada uno de los 3.462 votantes sufragaron.** (Negrita de la Sala)*

Que como el señor Romero Navarro en la demanda solo indicó el número de cédula de ciudadanía de unas pocas personas⁸ que presuntamente votaron a pesar de que su cédula se encontraba en custodia, sin expresar más datos, como

⁸ El total de cédulas que relacionó el apoderado del señor William Enrique Romero Navarro es de 16.

lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico debe confirmarse.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, en armonía con el artículo 132 numeral 8, y en el artículo 231 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro contra la sentencia de 22 de febrero de 2013 dictada, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

2. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar, en los términos del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de 22 de febrero de 2013, los siguientes aspectos:

i) Si como lo afirma el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro, el Tribunal a quo no valoró en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, pues de haberlo estudiado en debida forma debió declarar la nulidad de la elección de los Concejales de Malambo (Atlántico), porque éstas demuestran que 3.462 personas votaron en la jornada electoral adelantada el 30 de octubre de 2011 con los documentos de identidad que se encontraban en custodia de la Registraduría Municipal de esa localidad.

ii) Si, en efecto, la Comisión Escrutadora Municipal vulneró el derecho a elegir y a ser elegido porque omitió revisar voto a voto la mesa 8 del puesto 1 de la zona 2, ante la reclamación por error aritmético que se le presentó y,

⁹ Se refiere a la sentencia del 27 de agosto de 2009 proferida dentro del Exp. 2007-00237-00 y 2007-00246-00, C.P. Susana Buitrago Valencia, en la cual se dijo "(...) es necesario no sólo que el demandante suministre la zona, el puesto y la mesa donde la irregularidad tuvo ocurrencia, sino que es imprescindible que individualice a los presuntos suplantadores mediante la indicación de sus nombres y apellidos. (...)".

¹⁰ Aplicable al asunto bajo estudio por haberse incoado la demanda antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -.

iii) Si debe declararse la nulidad de la votación depositada en la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, debido a que la candidata Yenis Orozco Bonett obtuvo 157 votos, pero en realidad debieron ser 156.

La Sala, precisa que antes de abordar el estudio de las anteriores materias es pertinente pronunciarse primero sobre los siguientes aspectos:

(i) imposibilidad de que el juez de segunda instancia se pronuncie sobre argumentos planteados en el recurso de apelación que no fueron expuestos en la demanda de nulidad electoral; (ii) el desarrollo jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado al requisito de procedibilidad consagrado en el párrafo del artículo 237 de la Constitución Política - obligación de agotarlo -; (iii) cómo debe plantearse el cargo “cédulas en custodia” como causal de nulidad del acto mediante el cual es declarada una elección y, (iv) cumplimiento del requisito de procedibilidad en el caso concreto.

3. Cuestiones previas

3.1. Imposibilidad de que el juez de segunda instancia se pronuncie sobre cargos planteados en el recurso de apelación que resultan nuevos y diferentes a los que se expusieron en la demanda de nulidad electoral

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en diversas oportunidades ha manifestado que el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación.

Igualmente ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni la sentencia estudió.

Sobre el particular, esta Sección en relación con el estudio de los cargos nuevos propuestos contra el acto acusado en el recurso de apelación, ha sostenido:

“De igual forma calificó de ilegal la elección impugnada por la falta de identidad existente entre los formularios E-14 Claveros y E-14 Delegados, o como él lo dijera, porque “...los originales son

distintos a sus copias...”, lo cual se precisa respecto de unas mesas que no viene al caso identificar.

Pues bien, nada de lo anterior será abordado por la Sala en este fallo, porque de hacerlo se violaría la garantía constitucional del debido proceso, en atención a que se trata de cargos de ilegalidad que no fueron formulados ab initio con la demanda y que por lo mismo el demandado no tuvo oportunidad de contestar, ni de presentar pruebas de descargo.

Tampoco son admisibles los cargos extemporáneamente formulados, por el principio de la congruencia, previsto tanto en el Código Contencioso Administrativo (Art. 170), como en el Código de Procedimiento Civil (Art. 305), por virtud del cual el fallo debe ocuparse de lo planteado en la demanda o en su corrección oportunamente efectuada, así como de lo contestado por la parte demandada y de sus excepciones. Por tanto, se repite, no serán examinados tales reproches¹¹.
(Negrita y subrayado fuera de texto)

La lealtad procesal y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada y el concepto de violación de la demanda imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso hechos, cargos y elevar pretensiones nuevas que no alegó en la demanda. Si lo hiciera, el ad - quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso.

En un reciente pronunciamiento la Sección Quinta del Consejo de Estado¹², sostuvo:

“(...) La Sala precisa que la presente decisión se circunscribirá exclusivamente a pronunciarse sobre los razonamientos en que se funda la impugnación, que tengan correspondencia con los motivos de hecho y de derecho expuestos en libelo de la demanda. Por lo tanto, no se ocupará de resolver el nuevo reproche propuesto por el actor, puesto que tal situación vulneraría el derecho al debido proceso y de contradicción de la parte demandada”.¹³

Establecido que el Juez está limitado para decidir los recursos a los reproches que éstos planteen, que tengan correspondencia o estén en coherencia con las

¹¹ Sentencia del 25 de agosto de 2011, Exp. 2010-00045 (Acumulado), C.P. Susana Buitrago Valencia.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Expediente No. 250002331000201200052-02, Actor: Iván Díaz Tamayo, Demandados Ediles de la Localidad de Suba, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, sentencia de 20 de noviembre de 2013.

¹³ Ver sentencias: de 16 de febrero de 2012, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, Expediente No.: 20120-00035-00, Actor: Sebastián Fausto Méndez Toloza, demandados: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Huila; y de 5 de septiembre de 2013, M. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Expedientes Acumulados Nos.: 2012-00043-01 y otros, Actor: Cristian José Rico Colmenares y otros, demandada: Personera del Municipio de Sogamoso.

censuras de la demanda y con el contenido de la sentencia, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la apelación que propuso el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro contra la sentencia de 22 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo del Atlántico, cumple con este parámetro.

Examinado el escrito mediante el cual se sustenta el recurso, es evidente que contiene dos argumentos que no fueron planteados en la demanda.

El primero relacionado con la mesa 8, del puesto 1 de la zona 2, pues si bien, en primera instancia el demandante William Enrique Romero Navarro argumentó que la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo carecía de competencia para decidir la reclamación que por error aritmético presentó la señora Yenis Orozco Bonett - quien solicitó revisar el número de votos registrados al candidato N.º 9 -, por su parte en la apelación alegó que en tal puesto, zona y mesa en relación con el error aritmético puesto en conocimiento por la señora Orozco Bonet, esa Comisión debió hacer un conteo voto a voto¹⁴ con el fin de verificar si existió, planteamiento que, como se aprecia, es diferente al discutido en primera instancia.

El segundo argumento nuevo en relación con los expuestos en la demanda, que el demandante ahora plantea en la apelación, tiene que ver con que se vulneraron con el acto acusado que declaró la elección demandada los artículos 21 y 23 del Código Contencioso Administrativo y, 12 de la Constitución Política y, por ello, no pueden hacer parte de las materias por resolver al decidir la apelación, pues como se explicó no es admisible que en el recurso de apelación se formulen nuevos cargos que el demandante debió proponer en la oportunidad procesal pertinente - la demanda o en la reforma a la misma -.

En consecuencia, la Sala no se pronunciará sobre las nuevas censuras expuestas en el recurso de apelación, porque aceptar que en segunda instancia se analicen, cuando no se formularon ante el juez a quo, vulneraría el derecho de defensa de los demandados a quienes se les sorprendería con cargos de violación que no tuvieron la oportunidad de controvertir.

¹⁴ La Sala precisa que el candidato N.º 9 fue el señor William Enrique Romero Navarro y que la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo hizo el conteo de la mesa 8, Zona 2, puesto 1 voto a voto, como dice el demandante, en el recurso de alzada, debió hacerse. En el acta se dejó la siguiente anotación: "(...) se considera prudente la revisión voto a voto de la mesa 8 en lo concerniente al concejo, partido cambio radical, candidato 9, se deja constancia que una vez realizado el voto a voto, se constata que en el E-14 se consignaron en forma correcta los votos a favor del candidato 9 que son cuatro (4) y así se dejará consignado se les notifica por estado."

3.2. Del desarrollo jurisprudencial del requisito de procedibilidad en materia electoral.

El numeral 7º del artículo 237 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 8º del Acto Legislativo 1º de 2009 “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política”, prevé en el párrafo único que para ejercer el Contencioso Electoral contra actos de elección de carácter popular, siempre que la demanda se fundamente en causales de nulidad relacionadas con el **proceso de votación** y en el **escrutinio**, será “(...) requisito de procedibilidad someterlas, **antes de la declaratoria de la elección**, a examen de la autoridad administrativa correspondiente (...)”.

Así, por disposición constitucional, es ineludible para quien pretenda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cumplir con la obligación, se repite, de acudir a esta carga pre-procesal y ante la **autoridad administrativa electoral competente**, so pena de que la demanda se rechace por carecer de uno de los presupuestos indispensables para que el juez contencioso electoral pueda avocar su conocimiento.

En sentencia de 16 de febrero de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Susana Buitrago Valencia, dentro del expediente 2010-00035, Cámara del Huila, sostuvo:

“En relación con el requisito de procedibilidad la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sostenido que:

“Dado la creciente complejidad de las demandas electorales, cada vez más voluminosas en información electoral a verificar, y con el propósito de hacer más expedito el proceso electoral, que según el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, modificador del artículo 264 Superior, debe fallarse en un año si el negocio es de primera instancia, o en 6 meses si es de única, se expidió el Acto Legislativo 01 del 14 de julio de 2009, con cuyo artículo 8 se adicionó el numeral 7 al artículo 237 Constitucional, provisto igualmente del párrafo en que se consagró el requisito en mención. (...) Según esta disposición, no hay duda que el proceso electoral, cuando se instaura para juzgar la legalidad de actos de elección popular, con fundamento en la ocurrencia de irregularidades en el proceso de votación o en el escrutinio, debe cumplir con el “requisito de procedibilidad” consistente en que allí, durante los escrutinios y ante las respectivas autoridades electorales, sean planteadas y sometidas a examen de esas autoridades, las mismas anomalías que luego se quieran

llevar al conocimiento de la jurisdicción. (...) Pues bien, las anteriores disquisiciones llevan a la Sala a inferir que el requisito de procedibilidad sí es presupuesto de la demanda, y que por ello su acreditación debe darse desde su presentación; e igualmente que la parte demandante, cuando interponga el proceso electoral basado en irregularidades durante las votaciones y los escrutinios, debe impugnar, junto con el acto de elección, los actos administrativos proferidos por las autoridades electorales para resolver tales solicitudes. Si nada de lo anterior se hace, necesariamente el operador jurídico debe inadmitir la demanda para que se subsane, pues si no, su rechazo será la medida que deba adoptar el juez de lo electoral.”¹⁵

Se reitera que este requisito debe ser agotado previamente a la declaratoria de la elección por cualquier ciudadano ante la organización electoral “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”, convirtiéndose en una exigencia de la demanda del contencioso electoral.”

Esta Sala también ha precisado que de conformidad con el artículo 229¹⁶ del Código Contencioso Administrativo el acto que es objeto de control judicial en el Contencioso Electoral es aquél que contiene la declaratoria de la elección.

No obstante ser ello así, atendiendo la modificación que se introdujo al artículo 237 Superior, desarrollos jurisprudenciales complementaron tal aserto señalando que en el evento de existir pronunciamientos de fondo de la autoridad electoral en el trámite administrativo surtido antes de declararse la elección, producto de irregularidades puestas en su conocimiento nacidas en el proceso de votación o el escrutinio es necesario que, además de solicitar en las pretensiones de la demanda anular el acto que declara la elección, deba extenderse las súplicas de nulidad al acto o actos en que se decidió sobre las irregularidades.

En sentencia de 18 de abril de 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado, expediente 2011-00189-01, C.P. Susana Buitrago Valencia, indicó:

“Significa que para acudir válidamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de nulidad contra los actos que declaran una elección por voto ciudadano y cuando la demanda se funda en causales objetivas, que los motivos que se aleguen como constitutivos de tal, deben haber sido puestos en

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, auto 076 de 13 de diciembre de 2010, Radicado N° 11001-03-28-000-2010-00076-00, Demandados: Senadores de la República para el periodo 2010-2014.

¹⁶ Vigente para la época de los hechos.

conocimiento de la autoridad administrativa electoral correspondiente, antes de la declaratoria de elección. **La decisión al respecto de estas irregularidades (constitutivas de causales de nulidad - artículo 223 del C.C.A.-), se debe incluir en la demanda como actos acusados conjuntamente con el que declara la elección.**” (Negrita fuera de texto)

De igual manera dar por agotado válidamente el requisito de procedibilidad para efectos de la viabilidad procesal de la demanda de nulidad electoral exige que exista identidad - correspondencia entre lo que se alegó vía administrativa electoral y lo que se reclama vía judicial. Por ende, si en la demanda es otro el número de mesas, puestos de votación y zonas respecto de las cuales se plantea que existieron inconsistencias en el número de votos registrados en el proceso de escrutinio, al que ante la autoridad administrativa electoral se puso en conocimiento, ello ocasiona que no se cumpla debidamente con la exigencia del párrafo del artículo 237¹⁷ de la Constitución Política¹⁸.

Sobre el particular esta Sección en sentencia de 30 de enero de 2014, dentro del proceso acumulado 760012331000201101856-01, indicó:

“(…)

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.**

(…)

Por lo tanto, sobre los motivos de nulidad que **no estén contemplados en las peticiones previas que se dirigieron a la**

¹⁷ **Artículo 237.- (...) 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 declaración de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”

¹⁸ En auto de 13 de julio de 2012, proferido dentro del expediente 2011-0791-01, M.P. Susana Buitrago Valencia, la Sección Quinta del Consejo de Estado, dijo: “La Sala ha dicho que cuando se anexa a la demanda de nulidad electoral prueba documental de haber puesto en conocimiento de la respectiva autoridad electoral la existencia de irregularidades presuntamente constitutivas de causales de nulidad presentadas en el proceso de votación o en el escrutinio, en principio ello satisface la exigencia, **siempre que sea apreciable la existencia de alguna correspondencia entre lo debatido en ese escenario y lo alegado judicialmente en la demanda que se instaura.** Si además la autoridad administrativa electoral se pronunció al respecto y el demandante está en desacuerdo con lo resuelto, deberá también con la demanda adjuntar tales pronunciamientos y solicitar su nulidad. **Además la Sala, como ya antes se expresó, ha sostenido que la exigencia se entiende atendida con la demostración de que ya por parte del demandante o ya por cualquier ciudadano, se sometió a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente, la presunta irregularidad constitutiva de vicio de nulidad del acto de elección a proferirse.** El contenido de tales solicitudes reflejan que sí se sometieron al conocimiento de la autoridad administrativa electoral algunos vicios alegados como constitutivos de nulidad presentes en zonas, puestos y mesas de votación que coinciden con los planteados en la demanda, y así mismo, muestran que hay correspondencia frente al reproche de haberle anulado votos al candidato Vélez Román, que posiblemente eran válidos, por tanto, la Sala revocará el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de enero de 2012.” (negrita fuera de texto). Ver también sentencia del 25 de julio de 2013, Exp. 850012331000201100192-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.

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.” (Negrita fuera de texto)

Así las cosas, ante el Juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberán proponerse las mismas irregularidades constitutivas de nulidad que en el proceso de votación y escrutinio hubieren sido puestas en conocimiento de la autoridad administrativa electoral ya por el demandante ya por cualquier ciudadano, pues de lo contrario habrá de declararse probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, por ser presupuesto procesal de la acción de nulidad electoral.

La Sala no desconoce que de manera extraordinaria pueden llegarse a presentar excepcionalísimos casos en los cuales, por circunstancias insuperables a quien instaura la demanda y a cualquier ciudadano, le resultó imposible antes de la declaratoria de elección detectar la existencia de la irregularidad en la votación o en el escrutinio, posiblemente constitutiva de causal de nulidad. En tales eventos cuya acreditación compete al demandante que lo alegue, el juez electoral lo examinará y determinará de conformidad con las circunstancias y condiciones presentes en el caso concreto a fin de definir si procede exonerar de tal presupuesto procesal a quien presenta la demanda y permitir que acuda directamente ante esta Jurisdicción.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala verificará más adelante el cumplimiento de dicho requisito y si en el presente asunto, en especial frente al reproche de las cédulas en custodia, debía exigirse al señor Romero Navarro cumplir con el requisito de procedibilidad o si, como lo consideró el Tribunal Administrativo del Atlántico, esa exigencia no era necesaria porque la irregularidad en que se soporta la demanda se conoció con posterioridad a que se declarara la elección de los concejales de Malambo.

3.3 Estudio sobre el alcance de la causal de nulidad por votos depositados por personas usando “Cédulas en custodia” de la Registraduría

En sentencia del 6 de julio de 2009, la Sección Quinta del Consejo de Estado, al estudiar el cargo de nulidad de la elección de los Senadores de la República de Colombia, sustentado en votos depositados por cupos numéricos que

correspondían a cédulas que se encontraban en custodia, expuso que estas cédulas corresponden a las que permanezcan en las dependencias de la Registraduría por no haberse reclamado por el ciudadano, por una cualquiera de los siguientes eventos: “i) Por expedirse la cédula por primera vez, caso en el cual la persona no está habilitada para votar por no tener dicho documento en su poder, ii) por pérdida o robo de la cédula original, en este caso tampoco se puede votar por carecer del documento de identidad y iii) por deterioro o cambio del formato de la cédula, evento en el cual el ciudadano conserva el original de dicho documento de identificación y puede ejercer el derecho al voto.”¹⁹. (Negrita fuera de texto)

En dicha providencia se señaló que para lograr la prosperidad del cargo se requería: “(...) **acreditar que determinados ciudadanos ejercieron el derecho al voto, a pesar de no tener en su poder la cédula de ciudadanía por encontrarse ésta en las dependencias de la Registraduría, para lo cual esta entidad debe expedir la correspondiente certificación.**” (Negrita fuera de texto)

Conforme con lo anterior, para tener por demostrado el cargo de que hay votos que deben anularse porque fueron depositados usando cédulas que se hallaban en custodia se requiere: **(i)** probar que los ciudadanos ejercieron el derecho al voto a pesar de que su documento de identidad se encontraba en custodia de la Registraduría y, **(ii)** que los ciudadanos respecto de quienes se predica la irregularidad, el día de la elección no tenían en su poder la cédula de ciudadanía, lo contrario impide dar prosperidad al cargo.

La Sala precisa que la situación en cuanto al documento válido de identificación que existía en las elecciones al Senado de la República del período 2006-2010, era diferente a la de las elecciones del 30 de octubre de 2011 pues para dicha primera época existía pluralidad de documentos de - cédulas de ciudadanía ²⁰, circunstancia que cambió desde el 31 de julio de 2010 fecha en la cual el único documento válido de identificación para los colombianos mayores de edad es “la cédula amarilla con hologramas”.²¹

¹⁹ Sentencia del 6 de julio de 2009, Exp. 4056 (Acumulado), C.P. Susana Buitrago Valencia.

²⁰ Cédula Blanca Laminada; Cédula Café Plastificada y Cédula Amarilla de Hologramas.

²¹ <http://www.registraduria.gov.co/-Historia-de-la-Cedula-de,321-.html>

Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera de suma importancia precisar, en relación con los tres eventos en los cuales la cédula de ciudadanía se encuentra en custodia de la Registraduría, cuándo el cargo “cédulas en custodia” puede plantearse de manera autónoma; en qué momento éste debe plantearse mediante otra modalidad de vicio - suplantación de electores, apocrifidad, entre otras - en la votación o en el escrutinio y en principio cómo debe demostrarse el cargo para que el juez de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo avoque su estudio de fondo, sin que sea la única forma para acreditar la existencia tales irregularidades.

Con el fin anotado lo primero es indicar que la Constitución Política en el artículo 103²², dentro de los mecanismos de participación ciudadana establece el voto, derecho fundamental protegido en el numeral 1^o²³ del artículo 40 ídem.

Para ejercer este derecho, según lo consagra el artículo 99 Superior, es necesario ser ciudadano en ejercicio, calidad que se adquiere a los 18 años, edad en la cual se obtiene la cédula de ciudadanía por expresa disposición del artículo 62²⁴ del Código Electoral. Sin este documento no es posible sufragar, pues como lo prevé el artículo 114²⁵ ídem, es obligación del presidente del jurado de votación, exigir al ciudadano la cédula de ciudadanía, con la cual verifica la identidad de la persona y si ésta se encuentra registrada en la lista de sufragantes, como trámite indispensable para permitirle depositar el voto.

Conforme con el anterior recuento normativo y jurisprudencial, para la Sala, respecto de aquellas personas que **por deterioro**²⁶ de la cédula solicitan su renovación, la circunstancia de que el nuevo documento se encuentre en custodia de la Registraduría Nacional del Estado Civil no es impedimento para que puedan sufragar, pues es claro que aun cuando su documento está a resguardo de dicha autoridad electoral, conservan la cédula de ciudadanía cuyo cambio solicitaron y,

²² **“ARTÍCULO 103.** Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. (...)”

²³ **“ARTÍCULO 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido. (...)”

²⁴ **“ARTÍCULO 62.** Para obtener la cédula de ciudadanía se necesita acreditar la edad de 18 años cumplidos y la identidad personal mediante la presentación ante el Registrador del Estado Civil o su Delegado, del registro civil de nacimiento o la tarjeta de identidad, la carta de naturaleza en el caso de los nacionalizados y la de inscripción en el de los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento.”

²⁵ **“ARTÍCULO 114.** El proceso de la votación es el siguiente: El Presidente del Jurado le **exigirá al ciudadano la cédula de ciudadanía**, la examinará, verificará su identidad y buscará el número de la cédula en la lista de sufragantes. Si figurare, le permitirá depositar el voto y registrará que el ciudadano ha votado. Este registro se efectuará de acuerdo con las instrucciones que imparta la Registraduría Nacional del Estado Civil a los jurados. (...)”

²⁶ Se precisa que desde el 2010 la única cédula válida en el territorio colombiano es la amarilla de hologramas, pues ya concluyó el proceso de cambio de formato de dicho documento de identificación.

en tal medida, pueden ejercer sin restricción alguna su derecho fundamental al sufragio, es decir, su voto que debe considerarse válido.

Así las cosas, cuando en una demanda electoral se argumente que debe declararse la nulidad de una elección popular porque se censura que ciudadanos que solicitaron la expedición de un nuevo documento de identidad debido a que el que poseían estaba **deteriorado**, ejercieron el derecho al voto a pesar que éste se hallaba en custodia de la autoridad administrativa competente, habrá de tenerse, se repite, por válido el sufragio salvo que se demuestre fehacientemente, sin que resulten ser las únicas situaciones, que el votante fue suplantado o que los datos registrados en los formularios electorales son falsos o apócrifos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el único documento válido en Colombia para votar es la cédula de ciudadanía, para la Sala es evidente que cuando el cargo que se endilga a una elección de carácter popular es el de que una persona que solicitó la expedición de la cédula de ciudadanía por primera vez - por haber llegado a la edad de dieciocho años -, aparece sufragando aún cuando su documento de identidad se encontraba a cuidado de la Registraduría, el cargo denominado "cédulas en custodia" está llamado a prosperar, pues es innegable que ese ciudadano el día de la jornada electoral carecía del documento admitido para ejercer el derecho al voto.

Así las cosas, este es el único evento en el que, en criterio de la Sala, el cargo "cédulas en custodia" puede plantearse de manera autónoma e independiente porque para su acreditación basta, sin necesidad de otra prueba, que el demandante demuestre:

(i) Que el documento se encontraba en custodia de la Registraduría Nacional de Estado Civil, lo que se acredita con el acta mediante la cual se suspende la entrega de cédulas - firmada por el Ministerio Público y el Registrador -, pues en ésta se hace la relación de todos los números de las identificaciones que no se reclamaron, que en todo caso se realiza en cumplimiento de la directriz dada - Circular 170 de 2011²⁷ - por la Registraduría Nacional del Estado Civil el viernes a más tardar el sábado antes del día de las elecciones²⁸, procedimiento que

²⁷ Vigente para la época de los hechos y en donde se estableció el proceso operativo para las elecciones objeto de análisis en esta sentencia.

²⁸ "**congelamiento de entrega de cédulas en custodia**.- El funcionario designado para asistir a la labor de congelamiento de cédulas de ciudadanía en la Registraduría Municipal, deberá asistir a las diligencias de congelamiento de la entrega de las cédulas de ciudadanía en la sede de la Registraduría Municipal (**generalmente el día viernes antes de la elección**), para que verifique que dichos documentos no entregados queden en un sitio aislado y seguro y se le coloquen las cintas de seguridad para garantizar que no sean usadas en las elecciones. Se dejará constancia en un acta,

acompaña el Ministerio Público de acuerdo con el "Instructivo de Control Electoral - ICE" emitido por la Procuraduría General de la Nación; **(ii)** que ese cupo numérico se asignó a una persona que solicitó la cédula por primera vez y, **(iii)** que con esa cédula se sufragó, lo que se acredita con el formulario E-11 - Acta de instalación y registro general de votantes -, indicando zona, puesto y mesa de votación en que ello ocurrió.

Entonces, si ante el juez se demuestran las tres circunstancias anotadas, será suficiente para declarar la nulidad de esos votos.

Ahora, cuando el cargo - cédulas en custodia - tiene origen en que una o más personas sufragaron no obstante su documento se encontraba bajo el cuidado de la Registraduría porque no se reclamó, y la solicitud del duplicado de la cédula se hizo porque ésta se **extravió** o fue **hurtada**, la Sala considera que en estos casos el juez debe obrar con suprema cautela, pues existe la posibilidad de que el ciudadano recupere su identificación bien porque la encontró o fue devuelta, eventos en el cuales el voto per se no es nulo.

Es por ello que en estas circunstancias la Sala considera que el cargo "cédulas en custodia" no es autónomo, pues para acreditar que existió una irregularidad con éstas es necesario que el demandante demuestre: **(i)** que la cédula se encontraba en custodia de la Registraduría Nacional de Estado Civil que, como se indicó líneas arriba, puede hacerse con el acta mediante la cual se suspende la entrega de cédulas; **(ii)** que la persona titular de la misma no tenía la extraviada o hurtada - pues de comprobarse que sufragó utilizando su documento, el voto no puede tenerse como inválido - y, **(iii)** que, en consecuencia, el documento de identificación se usó fraudulentamente para diligenciar los formularios electorales por parte del jurado de votación o de un tercero (apocrifidad), o para suplantar al elector al momento de la votación, sin que ello signifique que estos dos son los únicos eventos a través de los cuales se puede desarrollar el cargo cuando el vicio de uso de cédulas en custodia nazca del argumento de que estas se encontraban al cuidado de la Registraduría.

de la cual deberá hacer parte integral el listado de cédulas pendientes por entregar discriminado por tipo de expedición, del cual en lo posible se debe obtener copia en medio magnético."

Se precisa que no existe ninguna irregularidad en el voto que genere como consecuencia la nulidad del mismo cuando el ciudadano titular de la cédula de ciudadanía ejerce su derecho fundamental a sufragar.

Además de lo anterior se reitera, que corresponde señalar claramente, a quien demanda: el nombre, cédula, zona, puesto y mesa de votación en que se presentó la supuesta irregularidad, cuando lo que se pretenda es demostrar apocrificidad por uso irregular de cédulas en custodia, lo contrario impide tener por probado el cargo.

En el caso de que lo pretendido sea acreditar que las cédulas que se encontraban en custodia se utilizaron mediante el mecanismo de “suplantación de electores”, además de los requisitos indicados en la párrafo anterior deberá individualizarse en la demanda a los suplantados y a los suplantadores de conformidad con los lineamientos que estableció esta Sección en el aparte de la sentencia que a continuación se transcribe:

*“No obstante, para que el cargo de suplantación de electores se considere debidamente formulado, es necesario no sólo **que el demandante suministre la zona, el puesto y la mesa donde la irregularidad tuvo ocurrencia, sino que es imprescindible que individualice a los presuntos suplantados identificándolos con su cédula de ciudadanía y señale quienes figuran como suplantadores mediante la indicación de sus nombres y apellidos.** Lo anterior, por cuanto para establecer la veracidad de esa irregularidad y si es constitutiva de falsedad, se examina si existe inconsistencia entre el nombre que aparece consignado en el formulario E-11 y el del titular de la cédula que figura en el Archivo Nacional de Identificación (ANI) o con el censo electoral.*

Ha sido reiterada la tesis según la cual para deducir la falsedad de un registro por inconsistencia entre el nombre registrado en el formulario E-11 y el nombre del titular de la cédula de ciudadanía, es necesario analizar individualmente cada situación planteada en la demanda para determinar si realmente se trata de un caso de fraude, o por el contrario, la equivocación es atribuible a un error de los jurados de votación.”²⁹

El cumplimiento de los citados requisitos permitirá examinar si existen inconsistencias entre el nombre que aparece en el formulario E-11 y el del titular de la cédula que figura en el Archivo Nacional de Identificación o en el censo electoral.

²⁹ Sentencia del 27 de agosto de 2009, Exp. 2007-00246-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.

La Sala aclara, que en cualquiera de los eventos expuestos para probar el cargo “cédulas en custodia”, es obligación del demandante agotar el requisito de procedibilidad de la acción para poder acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues como ya se señaló, tal carga impuesta en la Constitución Política, es ineludible, salvo en aquellos casos en que obre prueba irrefutable de que la irregularidad sometida a juicio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no se pudo poner en conocimiento de la autoridad administrativa electoral competente, antes de que declarara la elección.

3.4. Cumplimiento del requisito de procedibilidad en el caso concreto

3.4.1 Cargos no resueltos por el Tribunal Administrativo del Atlántico

El apelante planteó en relación con la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, que la candidata del Partido Cambio Radical Yenis Orozco Bonett (Número 5 en el Tarjetón), obtuvo 157 votos, pero que en realidad debieron ser 156, con lo cual se incurrió en error aritmético, motivo por el cual debe declararse la nulidad de esta mesa.

La Sala observa que el actor planteó en la demanda este argumento, sin embargo el Tribunal no se pronunció al respecto. También evidencia que manifestó tal inconformidad durante los escrutinios, motivo por el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo recontó y verificó los votos consignados en el E-14 de la mesa y en el E-24 zonal mesa a mesa y no encontró el error aritmético aducido, con lo que el demandante cumplió con el requisito de procedibilidad.

Sobre el particular en el documento titulado “ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO PRACTICADO POR LA COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL SOBRE LOS VOTOS EMITIDOS ANTE LAS MESAS DE VOTACION INSTALADAS EN LA CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL DE LAS ZONAS DE VOTACION DE MALAMBO PARA LAS ELECCIONES DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO CELEBRADAS EL DOMINGO 30 DE OCTUBRE DE 2011”, se dejó la siguiente anotación:

“De igual forma el candidato al concejo del municipio de Malambo Atlántico, señor WILLIAM ENRIQUE ROMERO NAVARRO, manifiesta que el consolidado de la zona 2 puesto 2 mesa 1 el

candidato 5 de cambio radical arroja un total de 157 votos siendo realmente 156 votos por lo que se procede al conteo voto a voto de la mesa antes anotada, en lo referente a la reclamación presentada, una vez hecho el escrutinio se constató que estaba consignado correctamente en los E-14 y en los E-24 por lo cual no existe ningún error.”³⁰

Conforme con lo anterior, si bien el demandante frente a este cargo en particular cumplió con agotar en debida forma el requisito de procedibilidad, para la Sala es incuestionable que la demanda, en cuanto a este reproche es inepta, porque junto con el acto mediante el cual se declaró la elección también debió demandarse la decisión de la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo, a través de la cual resolvió negar la solicitud del actor.

La Sección Quinta reitera que en aquellos eventos en los cuales ante la autoridad electoral se han planteado irregularidades surgidas durante el proceso de votación y escrutinio - deben alegarse antes de declararse la elección - y ésta las resuelve, junto con el acto de elección debe pedirse la nulidad de aquél en que se decidieron las supuestas inconsistencias, pues tratándose de un acto administrativo no debe quedar vigente y válido en el ordenamiento jurídico.

Sobre este asunto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de enero de 2014, sostuvo:

“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.

³⁰ Folio 3 cdno. 7 exp. 2010-01474

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 jurídico.³¹ (Negrita fuera de texto)

Así las cosas, como el apoderado judicial del señor William Enrique Romero Navarro no demandó junto con el acto que declaró la elección acusada, la nulidad del acta general de escrutinios, en donde la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo resolvió la presunta irregularidad en la votación de la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2, la Sala declarará de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de integración del petitum.

3.4.2 De las cédulas en custodia

Frente a este cargo en particular, corresponde a la Sala determinar si el demandante debía agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral o si, como lo dispuso el Tribunal a quo, en esta oportunidad no debe exigirse tal carga, debido a que como lo expuso el señor Romero Navarro, se enteró de la irregularidad en que sustenta las pretensiones de nulidad, tres (3) días después - 10 de noviembre de 2011 - de haberse declarado la elección de los concejales de Malambo - 7 de noviembre de 2011 -, circunstancia que le impedía cumplir con esa obligación de rango constitucional, hecho que lo legitimaba para acudir directamente ante esta jurisdicción.

³¹ Sentencia de 30 de enero de 2014, Exp. 2011-01856-01 (Acumulado), Demandante: David Alejandro Murcia y otro, C.P. Susana Buitrago Valencia.

El argumento del señor William Enrique Romero Navarro es que mediante acta del 7 de noviembre de 2011, la Comisión Escrutadora declaró electos a los concejales de Malambo, fecha para la cual no sabía que en los comicios celebrados el 30 de octubre de la misma anualidad se utilizaron 3.462 cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Municipal, pues de esa irregularidad se enteró el 10 de noviembre de 2011, día en que el Registrador de Malambo, junto con el Subintendente Charles Herrera Caballero, hicieron un inventario de cédulas dejando constancia en acta que los sellos de los "lokeros" en que éstas se dejaron a cuidado de esa entidad fueron manipulados, hecho que le impidió poner en conocimiento de la autoridad electoral, antes que declarara la elección, dicha anomalía.

Como se indicó con anterioridad, el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral es de obligatorio cumplimiento en todos los casos en que la demanda esté soportada en vicios originados en el proceso de votación o en el escrutinio, como sería el caso en que en las jornadas electorales se usen cédulas que se encuentran en custodia de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Como se explicó en precedencia, este requisito de origen constitucional eventualmente podrá no exigirse en aquellos eventos en que de manera evidente y con sustento en prueba fidedigna, se acredite que la irregularidad se conoció con posterioridad al día en que se declaró la elección, circunstancia que impidió solicitar a la autoridad electoral pronunciarse sobre la misma, pues lo contrario conducirá a que se rechace la demanda o, de haberse dado trámite a ésta, se declare probada de oficio o a petición de parte la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

En el asunto bajo estudio no obra prueba que permita a la Sala concluir, como lo hizo el Tribunal Administrativo del Atlántico, que el señor William Enrique Romero Navarro no contó con la oportunidad de poner en conocimiento de la Comisión Escrutadora de Malambo que 3.462 personas, que tenían la cédula de ciudadanía en custodia de la Registraduría Nacional del Estado Civil, usaron tal documento en la jornada electoral adelantada el 30 de octubre de 2011, con el fin de que esa autoridad se pronunciara.

En efecto, mediante la Circular N.º 170 de 24 de octubre de 2011 de la Registraduría Nacional del Estado Civil - entidad directora de la elecciones -,

publicada en la página web de la Procuraduría General de la Nación³², dirigida a los Delegados Departamentales, Registradores Distritales, Especiales, Municipales y Auxiliares, se impartieron las instrucciones a seguir para el proceso de cierre de entrega de cédulas de ciudadanía a fin de garantizar la transparencia en la elección de autoridades locales a llevarse a cabo el 30 de octubre de 2011.

En ese documento se dispuso que el sábado 29 de octubre de 2011, a las 12 m., se debía suspender la entrega de cédulas, diligencia de la cual debía levantarse un acta en que se relacionaran los documentos de identidad no reclamados discriminados por "(...) tipo de expedición, número de cédula, nombres, apellidos y totales (...)". También se estableció que "Los documentos de identidad deben quedar bajo custodia del registrador correspondiente, archivados con todas las medidas de seguridad en un lugar bajo llave y debidamente sellado".

Ahora bien, de acuerdo a lo previsto en el punto cinco de la Circular, el miércoles 2 de noviembre de 2011, a las 8 a.m., mediante acta firmada por las mismas personas que intervinieron en la de cierre, se reanudaría la entrega de las cédulas de ciudadanía³³.

Fue con fundamento en esta directiva que los señores César Martínez Julio (personero) y Vidal Heredia Quintana (Registrador de Malambo), el día 29 de octubre de 2011 suscribieron el Acta de Cierre de Entrega de Cédulas, en cuyo anexo adjunto se relaciona un listado de las cédulas no reclamadas - únicamente el número -. Su literalidad es la siguiente:

*"En Malambo Atlántico, a los veintinueve días del mes de octubre, siendo las 12:00 m se hizo presente en las instalaciones de la Registraduría Municipal de Malambo el señor Personero Municipal de Malambo doctor CESAR MARTINEZ JULIO. Dando cumplimiento a la Circular N° 170 de la Registraduría Nacional del Estado Civil la cual estipula el cierre de entrega de cédulas de ciudadanía que no fueron reclamadas por los ciudadanos en total **3462 cédulas** se procede a sellar los lockers donde reposa el archivo de cédulas de esta Registraduría, **este sello se levantará el día lunes (sic) 2 de noviembre del presente año en horario de oficina**".³⁴ (Subrayas fuera de texto)*

Como se observa de la transcripción de los anteriores documentos, es incuestionable, lo siguiente: **(i)** que el día de cierre de entrega de cédulas para las

³² www.procuraduria.gov.co

³³ La circular en comento establece expresamente: "El día miércoles 02 de noviembre de 2011 a partir de las 8:00 a.m., se debe reanudar la entrega de cédulas de ciudadanía mediante acta firmada por **las personas que intervinieron en el cierre del día 29 de octubre.**"

³⁴ Folio 176 cdno. ppal. exp. 2011-1474.

elecciones del 30 de octubre de 2011 y la fecha en que se empezaría nuevamente su entrega, se puso en conocimiento de la comunidad porque la Circular 170 de 2011 de la Registraduría Nacional del Estado Civil fue publicitada en la página web de la Procuraduría General de la Nación, documento al cual puede acceder cualquier ciudadano atendiendo a que hace parte de la reglamentación que expide el Registrador Nacional del Estado Civil en ejercicio de la función de dirección y organización de las elecciones, (ii) que el descongelamiento de entrega de cédulas se llevó a cabo el día miércoles 2 de noviembre de 2011, fecha en que se levantaron sellos y, (iii) que, en consecuencia, a más tardar el 2 de noviembre de 2011 y no otro día posterior, el demandante tuvo conocimiento del presunto uso indebido de cédulas en custodia en la jornada electoral.

Ahora bien, si en gracia de discusión el demandante hubiera alegado que conoció de la Resolución 170 de 2011 pero que no tuvo acceso a la relación de las cédulas que quedaron en custodia de la Registraduría y, por ello, estaba impedido para solicitar a la autoridad electoral, antes de que declarara la elección, pronunciarse sobre la irregularidad que alega en la demanda, para la Sala tal afirmación no podría ser de recibo porque el artículo 223³⁵ del Código Nacional Electoral es claro cuando establece que cualquier persona está en el derecho de obtener de la Registraduría el número, lugar y fecha de expedición de documentos de identidad pertenecientes a terceros y que solo tiene carácter reservado la información que se refiere a la identidad de las personas.

Como el acta de cierre de entrega de cédulas que obra a folios 176 a 202 del expediente, únicamente contiene la relación de los números de cédula de ciudadanía que quedaron en custodia de la Registraduría Municipal de Malambo, sin que exista otro dato (biográfico) del titular del mismo, es evidente que cualquier ciudadano tenía acceso a dicha información.

Establecido que cualquier persona puede acceder a la información contenida en el acta de cierre de entrega de cédulas o a la de descongelamiento de entrega de cédulas, se concluye que en el presente asunto el demandante pudo haber agotado, antes de que se declarara la elección de los concejales de Malambo, el

³⁵ **ARTÍCULO 213.** Toda persona tiene derecho a que la Registraduría le informe sobre el número, lugar y fecha de expedición de documentos de identidad pertenecientes a terceros.
Tienen carácter reservado las informaciones que reposen en los archivos de la Registraduría referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica.
De la información reservada solo podrá hacerse uso por orden de autoridad competente.
Con fines investigativos, los jueces y los funcionarios de policía y de seguridad tendrán acceso a los archivos de la Registraduría.
Cualquier persona podrá inspeccionar en todo tiempo los censos electorales, pero en ningún caso se podrá expedir copia de los mismos.

requisito de procedibilidad, más aún cuando se advierte que el acta de inventario de cédulas de 10 de noviembre de 2011, en que el demandante se apoya para eximirse de cumplir con la carga, no es la de reanudación de entrega de cédulas - que como ya se dijo se efectuó el 2 de noviembre de 2011 -, sino una relación de éstas con el fin de verificar que no hubieran faltantes debido a que los sellos de los "lokeros" se encontraron manipulados.

En la citada acta, se indicó:

*"En Malambo Atlántico, a los Diez días del mes de Noviembre, siendo las 11:00 am se hizo presente en las instalaciones de la Registraduría Municipal de Malambo el Señor **SUB INTENDENTE CHARLES HERRERA CABALLERO** funcionario de la Policía Judicial, con número de cédula 72.312.368, y el Registrador Municipal del Estado Civil **VIDAL HEREDIA QUINTANA** identificado con cédula número **3.718.629** se procedió a hacer inventario de cédulas de ciudadanía que no fueron reclamadas hasta el 29 de octubre del presente año con ocasión de las Elecciones para elegir Autoridades Locales y que se encontraban reposando en los lokeros de la Registraduría Municipal de Malambo y que los sellos fueron encontrados manipulados y se pudo constatar que no hay faltantes de cédulas, que las que aparecen hay (sic) coinciden con la relación de cierre de entrega de cédulas." (Negrita fuera de texto)*

La anterior afirmación tiene sustento en que el acta de reanudación de entrega de cédulas, por disposición de la Registraduría Nacional del Estado Civil impartida mediante la Circular 170 de 2011³⁶, debe estar firmada por las mismas personas que participaron en la firma del acta de cierre de entrega de cédula (Personero y Registrador de Malambo) y, el acta de 10 de noviembre de 2011, está suscrita por el Registrador Municipal de Malambo y el Subintendente de la Policía Nacional Charles Herrera Caballero.

Así, comoquiera que el acta de 10 de noviembre de 2011 no es la de reanudación de entrega de cédulas de ciudadanía, aunado a que el 2 de noviembre de 2011 fue el día en que ello sucedió, tales circunstancias permiten concluir que en el asunto bajo estudio no existía exigencia para que el demandante cumpliera con el requisito de procedibilidad.

³⁶ "El día miércoles 02 de noviembre de 2011 a partir de las 8:00 a.m., se debe reanudar la entrega de cédulas de ciudadanía **mediante acta firmada por las personas que intervinieron en el cierre del día 29 de octubre.**"

Por lo tanto, es evidente que si el señor Romero Navarro podía obtener la relación de las cédulas que se encontraban en custodia de la Registraduría por no estar revestida de reserva, tuvo oportunidad como mínimo desde el 2 de noviembre de 2011 y hasta antes de que se declarara la elección - 7 de noviembre de 2011 - de solicitar, con apoyo en el listado de cédulas en custodia, a la Comisión Escrutadora Municipal de Malambo verificar si personas sufragaron a pesar de que sus documentos de identificación se encontraban en poder de la Registraduría Municipal, no obstante no lo hizo, con lo cual instauró la demanda careciendo del requisito de procedibilidad.

Para la Sala no resulta lógico que el demandante alegue que las irregularidades en que se soportan las pretensiones de la demanda fueron descubiertas con posterioridad a que se declarara la elección, pues se reitera, tuvo acceso a esa información desde el 2 de noviembre de 2011, día en que se reanudó la entrega de cédulas.

Lo expuesto lleva a concluir que no es cierto, como lo aceptó el a quo, que solo el 10 de noviembre de 2011 el señor William Enrique Romero Navarro conoció que 3.462 cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría de Malambo se usaron en los comicios del 30 de octubre de 2011 de esa Localidad y, por ello, se imponía exigir el requisito de procedibilidad, motivo por el cual se revocará la sentencia del 22 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo del Atlántico en el sentido de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del aludido requisito frente a la censura de las cédulas en custodia.

*En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

F A L L A

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia dictada el 22 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia:

1.- DECLARAR probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda del señor William Enrique Romero Navarro por falta de integración del

petitum, respecto de la mesa 1, del puesto 2 de la zona 2 por la censura de error aritmético.

2.- DECLARAR *probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, respecto de la censura relativa a que 3.462 personas usaron sus cédulas de ciudadanía para votar en Malambo a pesar de encontrarse sus documentos de identidad en custodia de la Registraduría de ese municipio, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO.- *En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.*

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

Aclaro voto

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA