

SUSPENSION PROVISIONAL - Generalidades

La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, de conformidad con el artículo 229 del CPACA, exige "petición de parte debidamente sustentada", y según el 231 del mismo estatuto, procederá "por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud". Esta última norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar con la demanda o en todo caso antes de que se decida sobre su admisión, es decir, no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado. 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el trámite apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Por lo tanto, establecer si es viable decretar la medida de suspensión pretendida, implica analizar el acto acusado frente al contenido de la norma señalada como infringida, y estudiar las pruebas aportadas, a fin de concluir si surge su contradicción.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 229

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección de magistrado del Consejo Nacional Electoral / SUSPENSION PROVISIONAL - Negada por cuanto no se advierte que el acto acusado transgrede el artículo 126 de la Constitución Política

En el sub-examine la petición de suspensión provisional de la elección del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018, la fundamenta el demandante en que el demandado no podía ser elegido, toda vez que un pariente en primer grado de consanguinidad (su suegra) ejerció como su nominadora. En otras palabras, lo que sostiene es que el simple hecho de que el demandado tuviese un vínculo de primer grado de afinidad con la congresista Nora María García, impedía que el Congreso en pleno votara por su nombre, pues en los términos del artículo 126 de la Constitución Política los servidores públicos no pueden designar a "empleados vinculados con personas que tengan hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o por matrimonio o unión permanente, con los servidores competentes para intervenir en su designación". Asimismo, aduce que el acto acusado desconoce el equilibrio institucional y que el presente caso debe resolverse bajo los argumentos expuestos en las sentencias que decidieron los casos de los magistrados Munar y Ricaurte. Empero, en este caso la medida cautelar no está llamada a prosperar. El actor fundamenta los cargos de vulneración del artículo 126 de la Constitución Política y derivado de ello la falta de competencia del órgano elector, en el desconocimiento de dicha disposición posterior, pues, a su juicio, el Congreso no podía elegir a un "pariente" de otro nominador como magistrado del Consejo Nacional Electoral. Del supuesto fáctico que alega el actor consistente en que los integrantes del órgano elector, en este caso el Congreso de la República, en su carácter de homólogos de la suegra del elegido, eran incompetentes para elegir al demandado como magistrado del Consejo Nacional Electoral, pues recaía sobre ellos la inhabilidad que según la demanda contiene la segunda parte del artículo 126 Constitucional, debido al

parentesco por segundo grado de afinidad entre el señor Carlos Ernesto Camargo y la senadora Nora María García, en este estado del proceso, donde apenas comienza el debate, analizado el acto demandado en confrontación con el artículo 126 de la Constitución Política, no surge contradicción alguna con el precepto superior que se alega como trasgredido. La senadora Nora María García no ostenta la naturaleza de servidor público que hubiere intervenido en la designación de sus compañeros Congresistas, quienes, valga la pena aclarar, se eligen por voto ciudadano y, por tanto, no son designados sino elegidos. Por otra parte, la aplicación de la jurisprudencia que se invoca como sustento de la demanda, respecto de la decisión sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos acto acusado, es un aspecto que no tiene cabida. De acuerdo con el citado artículo 229 del CPACA, el estudio de la medida cautelar se debe circunscribir a que se establezca si existe la trasgresión que se alega como consecuencia del análisis del acto con el ordenamiento jurídico o del estudio de las pruebas allegadas con la demanda. No respecto de jurisprudencia. Por lo anterior, se impone negar la medida cautelar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00137-00

Actor: GUSTAVO ADOLFO SANCHEZ

Demandado: MAGISTRADO DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda de la referencia y acerca de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

I. Antecedentes

El señor Gustavo Adolfo Sánchez, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra la elección del señor Carlos Ernesto Camargo como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, período 2014-2018.

En síntesis, el actor plantea como vicio que, a su juicio, hace anulable la referida elección, el hecho de que el demandado no podía ser elegido como magistrado

del Consejo Nacional Electoral, toda vez que un pariente en primer grado de consanguinidad (su suegra - Nora María García) ejerció como su nominadora¹.

Que si bien en los días en que se llevó a cabo la elección la senadora del Partido Conservador Nora María García manifestó su impedimento, el cual fue aceptado por la plenaria del Congreso (motivo por el cual la senadora García Burgos no votó en la elección de su yerno), *“la Plenaria del Congreso eligió al magistrado Camargo Assís, con lo que se vulneró el artículo 126 de la Constitución Política, que dispone que “los servidores públicos...tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación”.*

Que *“al ser la senadora conservadora García Burgos nominadora competente para intervenir en la designación de su yerno, la elección del demandado... está viciada,”* en los términos del numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

Que, en otras, palabras, *“no obstante la senadora en mención no hubiese participado en la elección de los días 27 y 28 de agosto de 2014 (para elegir a su yerno), tal circunstancia no le quita la calidad de miembro de la corporación legislativa, preexistiendo el hecho generador de la inhabilidad, en relación a la participación de un servidor público como nominador, procedimiento dentro del cual entra a regir la prohibición que establece el artículo 126 superior.”*

Según el actor, éstas son razones suficientes para concluir que existió vulneración de las normas en que debía fundarse y que el acto fue expedido sin competencia, pues *“los nominadores no tenían competencia para elegir al pariente de otro nominador en los grados que señala la norma, es decir, la plenaria del Congreso no era competente para elegir al doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del CNE por ser yerno de uno de los electores o nominadores como lo es la senadora Nora María García Burgos”.*

Que de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política le *“corresponde al Congreso de la República, en pleno, hacer la elección de los magistrados del CNE, los congresistas, que son quienes votan, no pueden elegir como tales a las personas que sean parientes de otros congresistas dentro de dichos grados,*

¹ El señor Camargo Assis es esposo de la señora María Paulina del Socorro Pineda García, quien es hija de la senadora conservadora García Bustos.

porque unos y otros, en conjunto, son los servidores públicos competentes para intervenir en la designación de esas personas como magistrados del CNE”.

Aunado a lo anterior, el actor aduce que el acto acusado rompe con el “equilibrio institucional”, pues implica el aprovechamiento de la posición de dos familiares en el partido conservador con el objeto de ser designado magistrado del CNE. Que la anterior práctica es la que el Consejo de Estado ha sancionado *“poniéndole fin a la denominada puerta giratoria, como aconteció recientemente con la suerte de las elecciones de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Ricaurte y Pedro Munar”.*

Por tal razón, propone que al presente caso se apliquen las sentencias mediante las cuales el Consejo de Estado resolvió dichos asuntos.

II. Consideraciones de la Sala

1. Competencia

Esta Sección tiene competencia para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA y lo que prevé el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999.

2. Oportunidad

Según el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, el término para presentar la demanda contra el acto de elección es de 30 días.

En el presente caso, se verifica que la declaración de la elección del señor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del Consejo Nacional Electoral se realizó en la sesión plenaria del Congreso que tuvo lugar el día 28 de agosto de 2014 y la demanda se presentó el 9 de octubre del año en curso, esto es, dentro del referido término de caducidad.

3. Requisitos formales

La demanda de nulidad electoral debe admitirse, según el artículo 276 del CPACA, siempre que reúna los requisitos formales² atinentes a la designación de las partes y sus representantes; las pretensiones expresadas de manera clara y precisa; los hechos y omisiones en que se basan; los fundamentos de derecho que las soportan; la solicitud de pruebas que se quieran hacer valer y; el lugar y dirección donde las partes recibirán las notificaciones.

Aunado a lo anterior, el Código señala expresamente que a la demanda deberá acompañarse³, también, una copia del acto acusado con las constancias de su publicación⁴, comunicación, notificación o ejecución, según el caso; los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer; el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona; la prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado y; las copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público.

De esta manera, una vez revisado el contenido de la presente demanda se advierte que ésta reúne los requisitos formales para su admisión. En consecuencia, se le impartirá el trámite previsto por el artículo 277 del CPACA.

4. De las medidas cautelares solicitadas

En el mismo escrito de la demanda, el actor solicitó como medida cautelar *“que se decrete la suspensión provisional del acto de elección para período 2014-2018, del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis, como magistrado del CNE, de fecha 28 de agosto de 2014, expedido por el Congreso de la Republica”*

Como sustento de dicha solicitud se remitió a los argumentos expuestos en los acápites que denominó *“cargos y concepto de la violación y fundamentos de derecho y normas violadas”*. Manifestó que los cargos tienen el sustento

² Artículo 162 CPACA.

³ Artículo 166 CPACA.

⁴ Si bien en el expediente no obra constancia de publicación del acto acusado, es lo cierto que sí obran a folios 32-107 copias auténticas de las actas de las sesiones de plenarias del Congreso del 27 y 28 de agosto de 2014, en las cuales se llevó a cabo la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, 2014-2018. Contando desde esa fecha hasta la interposición de la demanda, es claro que se interpuso dentro del término de caducidad de 30 días. Por tal razón, no fue necesario oficiar al Presidente del Congreso a efectos de que remitiera con destino al presente proceso la respectiva constancia de publicación.

probatorio necesario, toda vez que *“el demandado no podía ser elegido magistrado del CNE por tener una pariente en primer grado de afinidad (su suegra), como nominadora, apta para intervenir en su elección por mandato del art. 264 de la Constitución, lo que vulnera el art. 126 ibídem. Afirmación que se prueba con el material probatorio arrojado al proceso dentro la oportunidad legal, obrante en pruebas documentales auténticas como son:*

-Copia auténtica Registro Civil de Nacimiento de María Paulina del Socorro Pineda García, con el que se prueba que es hija de la senadora García Burgos. Y copia auténtica de la Partida Eclesiástica de Nacimiento de María Paulina.

-Copia auténtica Registro Civil de Matrimonio del Dr. Camargo Assis y María Paulina del Socorro Pineda (hija de la senadora), con este se acredita que entre el magistrado del CNE electo y la actual senadora García Burgos, existe primer grado de afinidad (suegra-yerno), vulnerándose el artículo 126 CP. Y copia auténtica Partida Eclesiástica de Matrimonio de los antecedentes.

-Copias auténticas de las actas de las sesiones del Congreso en pleno (Senador de la Republica y Cámara de Representantes), correspondientes a los días 27 y 28 de agosto de 2014, sesiones en las cuales se eligieron magistrados del CNE (período 2014-2018), donde resultó electo el demandado”

En el contencioso electoral, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral es el único mecanismo cautelar que puede formularse⁵ de cara a *“proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. Así se establece en el inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A. que dispone:

⁵ Refuerza esta tesis, la postura doctrinal que al respecto ha precisado: “En relación con la tercera decisión que debe contener el auto admisorio de la demanda, esto es, la consistente en definir la petición de suspensión provisional si se hubiere presentado, el artículo 277 modifica las reglas generales sobre medidas cautelares, pues exige que la suspensión provisional se presente con la demanda y se decida en el auto que la admita, decisión que se adoptará por la Sala o Sección correspondiente. Cabe preguntarse si procede solicitar las demás medidas cautelares, lo que en principio no es posible, pues se trata de un procedimiento especial en el que solo se regula la suspensión provisional de los efectos de la elección, de lo que desprende que las demás no están permitidas.”. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, Enrique José Arboleda Perdomo. Segunda Edición. Legis. 2012.*

“ARTICULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACION. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

En el caso de que se haya pedido la **suspensión provisional del acto acusado**, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.”
(Negrillas y Subrayas fuera del texto original).

En el proceso de nulidad electoral la medida de suspensión provisional solo se puede solicitar en la demanda y hasta antes de que ésta se admita⁶, contrario a como ocurre en el procedimiento ordinario que rige los demás medios de control contencioso administrativos, en los que se puede realizar en cualquier tiempo. Además, en la acción de nulidad electoral no se corre traslado previo de la medida cautelar al demandado; no requiere de otorgamiento de caución para su decreto y se decide en el mismo auto admisorio, no en auto separado.

Lo anterior, en consideración a que el trámite para resolver la medida cautelar de suspensión provisional del acto electoral, está en consonancia con la celeridad que caracteriza este proceso, tal y como lo establece el artículo 296 del CPACA, según el cual, únicamente le caben al contencioso electoral las regulaciones del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza de éste.

Así, se reitera que a las voces del inciso final del artículo 277 del CPACA, la única medida cautelar que procede en materia de nulidad electoral es la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo de elección o nombramiento.

5. La solicitud de suspensión provisional del acto de elección

La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, de conformidad con el artículo 229 del CPACA, exige “*petición de parte debidamente sustentada*”, y según el 231 del mismo

⁶ Siempre y cuando no haya caducado. Sección Quinta – Consejo de Estado. Auto del 27 de junio de 2013. Exp. 2013-0008

estatuto, procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Esta última norma precisa que: 1º) La medida cautelar **se debe solicitar con la demanda o en todo caso antes de que se decida sobre su admisión, es decir, no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado.** 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge⁷, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el trámite apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis** del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, **ii) del estudio** de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por lo tanto, establecer si es viable decretar la medida de suspensión pretendida, implica analizar el acto acusado frente al contenido de la norma señalada como infringida, y estudiar las pruebas aportadas, a fin de concluir si surge su contradicción.

En el sub-examine la petición de suspensión provisional de la elección del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018, la fundamenta el demandante en que el demandado no podía ser elegido, toda vez que un pariente en primer grado de consanguinidad (su suegra - Nora María García) ejerció como su nominadora⁸.

En otras palabras, lo que sostiene es que el simple hecho de que el demandado tuviese un vínculo de primer grado de afinidad con la congresista Nora María García (madre de la esposa del magistrado electo), impedía que el Congreso en pleno votara por su nombre, pues en los términos del artículo 126 de la Constitución Política los servidores públicos no pueden designar a “empleados vinculados con personas que tengan hasta el cuarto grado de consanguinidad,

⁷ Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín *surgere*)- significa *aparecer, manifestarse, brotar*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

⁸ El señor Camargo Assis es esposo de la señora María Paulina del Socorro Pineda García, quien es hija de la senadora conservadora García Bustos.

segundo de afinidad, primero civil o por matrimonio o unión permanente, con los servidores competentes para intervenir en su designación”.

Asimismo, aduce que el acto acusado desconoce el equilibrio institucional y que el presente caso debe resolverse bajo los argumentos expuestos en las sentencias que decidieron los casos de los magistrados Munar y Ricaurte.

Para fundamentar la referida solicitud de medida cautelar el demandante aportó una serie de pruebas documentales entre las cuales se encuentran: *Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de la señora María Paulina del Socorro Pineda García, con el que se prueba que es hija de la senadora García Burgos. Y copia auténtica de la Partida Eclesiástica de Nacimiento de María Paulina; copia auténtica Registro Civil de Matrimonio del Dr. Camargo Assis y María Paulina del Socorro Pineda (hija de la senadora), con este se acredita que entre el magistrado del CNE electo y la actual senadora García Burgos, existe primer grado de afinidad (suegra-yerno), vulnerándose el artículo 126 CP. Y copia auténtica Partida Eclesiástica de Matrimonio de los antecedentes; y copias auténticas de las actas de las sesiones del Congreso en pleno (Senador de la Republica y Cámara de Representantes), correspondientes a los días 27 y 28 de agosto de 2014, sesiones en las cuales se eligieron magistrados del CNE (período 2014-2018), donde resultó electo el demandado”*

Empero, en este caso la medida cautelar no está llamada a prosperar. El actor fundamenta los cargos de vulneración del artículo 126 de la Constitución Política y derivado de ello la falta de competencia del órgano elector, en el desconocimiento del dicha disposición posterior, pues, a su juicio, el Congreso no podía elegir a un “pariente” de otro nominador (la Senadora Nora María García) como magistrado del Consejo Nacional Electoral.

Del supuesto fáctico que alega el actor consistente en que los integrantes del órgano elector, en este caso el Congreso de la República, en su carácter de homólogos de la suegra del elegido, eran incompetentes para elegir al demandado como magistrado del Consejo Nacional Electoral, pues recaía sobre ellos la inhabilidad que según la demanda contiene la segunda parte del artículo 126 Constitucional, debido al parentesco por segundo grado de afinidad entre el señor Carlos Ernesto Camargo y la senadora Nora María García, en este estado del proceso, donde apenas comienza el debate, analizado el acto demandado en

confrontación con el artículo 126 de la Constitución Política, no surge contradicción alguna con el precepto superior que se alega como trasgredido.

La senadora Nora María García no ostenta la naturaleza de servidor público que hubiere intervenido en la designación de sus compañeros Congresistas, quienes, valga la pena aclarar, se eligen por voto ciudadano y, por tanto, no son designados sino elegidos.

Por otra parte, la aplicación de la jurisprudencia que se invoca como sustento de la demanda, respecto de la decisión sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos acto acusado, es un aspecto que no tiene cabida. De acuerdo con el citado artículo 229 del CPACA, el estudio de la medida cautelar se debe circunscribir a que se establezca si existe la trasgresión que se alega como consecuencia del análisis del acto con el ordenamiento jurídico o del estudio de las pruebas allegadas con la demanda. No respecto de jurisprudencia.

Por lo anterior, se impone negar la medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad electoral presentó en nombre propio el señor Gustavo Adolfo Sánchez contra la elección del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del Consejo Nacional Electoral, el período 2014-2018.

En consecuencia, en aplicación del artículo 277 del C.P.A.C.A., se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Carlos Ernesto Camargo, en la forma prevista en el numeral 1 literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A.
2. Notifíquese personalmente esta providencia al Presidente del Congreso de la República (Art. 277.2 Ib.).

3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 lb.).

4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 lb.).

5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 lb.).

SEGUNDO. NEGAR la solicitud de suspensión provisional

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA