

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma la sentencia que negó las pretensiones de nulidad electoral contra el acto de elección del Contralor de Santa Marta

[El problema jurídico] consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor de Santa Marta, para lo que resta del período 2016-2019 contenido en el Acta No. 043 del 17 de abril de 2017. Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) La fijación del litigio en los procesos electorales ii) pérdida de fuerza ejecutoria y, iii) análisis del caso en particular (...) se tiene que la Resolución N° 68 de 6 de junio de 2017- dejó sin efectos la elección demandada y a partir de esa fecha el acto acusado no está produciendo ningún efecto jurídico. Sin embargo, en el plenario se encuentra el Acta No. 43, correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo Distrital de Santa Marta celebrada el 17 de abril de 2017, en la que se llevó a cabo la elección, posesión y juramentación del Contralor Distrital de Santa Marta para el período del 17 de abril al 31 de diciembre de 2019. En tal virtud se encuentra probado que, a pesar de que la Resolución N° 68 de 6 de junio de 2017- dejó sin efectos la elección demandada, ésta si surtió efectos desde el 17 de abril de 2017- fecha de la posesión – hasta el 6 de junio de 2017- fecha de expedición de la Resolución 68 de 2017 (...). Como en el caso concreto, se demostró que el acto de elección del señor Ropaín produjo efectos jurídicos no es procedente decretar la carencia de objeto por sustracción de materia. Además, de acuerdo con los límites impuestos en la fijación del litigio, la pérdida de fuerza ejecutoria no constituye causal de nulidad y en tal virtud procede confirmar la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO – Por sustracción de materia / ACTO ELECTORAL – Si no produjo efectos jurídicos se debe terminar el proceso en la etapa inicial / ACTO ELECTORAL – Si produjo efectos jurídicos se debe desvirtuar la presunción de legalidad / ACTO ELECTORAL – Eficacia

Frente a la diversidad de criterios se requiere unificar postura respecto de las consecuencias procesales que trae la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado a fin de salvaguardar los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales imponen al juez sentar reglas claras y diáfanas que rijan este tipo de asuntos (...) ante la presencia de la carencia actual de objeto por sustracción de materia, le corresponde al magistrado que conduzca el proceso, determinar su ocurrencia con el fin de terminarlo en su etapa inicial siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar hasta la sentencia para inhibirse de conocer el fondo del asunto en detrimento del derecho que tienen los ciudadanos para que la administración de justicia les garantice que los mecanismos judiciales sean eficaces. Teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales de esta alta corporación, resulta imperativo terminar el proceso en la etapa inicial, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral o administrativo que ha sido despojado de sus efectos y que por tal circunstancia jamás produjo efectos jurídicos dado que, la razón de ser del proceso desaparece puesto que no tiene materia que controlar dado que en su vigencia no surtió efectos, conllevando con ello a que la decisión en uno u otro caso no redunde en la salvaguarda de los derechos ciudadanos (...). La Sala unifica su postura en cuanto a: i) Si el acto demandado no produjo efectos

jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá considerar terminar el proceso en su etapa inicial, ya sea saneándolo o siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar a dictar una sentencia inhibitoria. ii) Si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo mantiene su competencia para conocer de la legalidad y decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia, estudio que corresponde hacerlo en la sentencia (...). Unificar posición en el sentido de que si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá terminar el proceso en su etapa inicial evitando dictar sentencia inhibitoria. Por el contrario, si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo deberá decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad cuando el acto tuvo eficacia, estudio que se hará en la sentencia.

NOTA DE RELATORÍA: La Sala realiza el recuento jurisprudencial y unificación sobre la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto citando dos posiciones jurisprudenciales. Sobre la posibilidad de que el juez electoral expida pronunciamiento de fondo a pesar de la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de septiembre de 1999, radicación 1736 CP. Reinaldo Chavarro Buritica, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de agosto de 2005, radicación 68001-23-15-000-2004-00447-01 CP. Darío Quiñones Pinilla, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de noviembre de 2002, radicación 15001-23-31-000-2001-1092-02 CP. Darío Quiñones Pinilla, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de abril de 2003, radicación 11001-03-28-000-2002-0091-01 CP. Darío Quiñones Pinilla, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2008, radicación 11001-03-28-000-2006-00062-00 CP. Mauricio Torres Cuervo, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2010, radicación 11001-03-28-000-2009-00009-00 CP. Susana Buitrago Valencia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00048-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04 CP. Rocío Araujo Oñate, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre de 2017, radicación 20001-23-39-000-2016-00591-02CP. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sobre la improcedencia de pronunciamiento de fondo por configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 6 de mayo de 2004, radicación 63001-23-31-000-2004-0047-01 CP. Darío Quiñones; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de julio de 2012, radicación 110010328000201200037-00 CP. Susana Buitrago Valencia, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 31 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00097-00 CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00046-00 CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Ponente del 24 de noviembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00075-00 CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 8 de marzo de 2017, radicación 11001-03-28-000-2015-00026-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sección del 11 de mayo de 2017, radicación 11001-03-28-000-2015-00026-00 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

ACTO ELECTORAL – Que produjo efectos jurídicos / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD / PÉRDIDA DE EJECUTORIA DE ACTO – El juez contencioso mantiene su competencia para conocer de su legalidad

Si el acto acusado produjo efectos y no se encuentra vigente, el juez contencioso administrativo aún en el evento en que haya sido retirado del ordenamiento jurídico, mantiene su competencia para conocer de su legalidad porque, su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia. Por lo anterior, un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien formalmente decidirá si dicho acto excluido fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia y se impone por parte del operador judicial su resolución de fondo en la sentencia.

NULIDAD ELECTORAL – La pérdida de fuerza ejecutoria constituye una causal / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Regido por normas especiales

Se tiene que la pérdida de fuerza ejecutoria no constituye una causal de nulidad (...). Respecto de esta figura se tiene que los actos administrativos gozan de fuerza ejecutoria, es decir, la administración cuenta con capacidad para hacer cumplir por sí misma sus propios actos sin la intervención de autoridad distinta. Dicha prerrogativa se pierde cuando los actos administrativos son anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cuando se presentan las causales previstas en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. (...). De lo expuesto precedentemente es dable concluir que no es posible que en esta instancia judicial se considere la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria como una causal de nulidad que permita desvirtuar la presunción de la legalidad del Acta No 043 de 17 de abril de 2017, pues se trata de una figura jurídica que no tiene esta finalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 47001-23-33-000-2017-00191-02

Actor: EDILSON MIGUEL PALACIOS CASTAÑEDA

Demandado: ALFREDO JOSÉ MOISÉS ROPAÍN - CONTRALOR DE SANTA MARTA- PERÍODO 2016-2019

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de segunda instancia. Recurso de apelación contra sentencia que negó pretensiones.- Sentencia de Unificación jurisprudencial.

En razón a que el proyecto presentado por el Consejero de Estado doctor Alberto Yepes Barreiro no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación¹, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Edilson Miguel Palacios Castañeda, en calidad de demandante, contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2018 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda dirigida a declarar la nulidad del acto de elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor de Santa Marta.

I.ANTECEDENTES

1. La demanda

El 25 de mayo de 2017 el señor Edilson Miguel Palacios Castañeda presentó demanda², en ejercicio del medio de control de nulidad electoral en contra del Acta N° 043 del 17 de abril de 2017, a través de la cual el Concejo Distrital de Santa Marta declaró la elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor Distrital para el restante período constitucional 2016-2019.

1.1 Pretensión

Se declaren nulos los actos administrativos preparatorios y definitivos de contenido electoral y el Acta N° 043 del 17 de abril de 2017 donde consta la elección del señor Alfredo José Moisés como nuevo Contralor de Santa Marta.

1.2 Hechos

1.2.1 Dentro del expediente con radicado N° 47000-23-33-002-2016-00074-02 (Acumulado) se dictó sentencia el 7 de diciembre de 2016, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró la nulidad de la elección del señor Wilfrido Enrique Gutiérrez Ospino como Contralor de Santa Marta para el período 2016-2019.

En su parte resolutive se ordenó que el concejo distrital debía elegir a un nuevo contralor de la “*lista de elegibles*” contenida en la Resolución N° 10 del 7 de enero de 2016.

¹ Folio 1082

² Folios 1 a 49 del cuaderno No. 1

1.2.2 Una vez en firme la sentencia electoral, los participantes de la convocatoria iniciada para proveer el cargo de contralor distrital formularon acción de tutela contra el Concejo de Santa Marta, la cual fue decidida en providencia de 17 de marzo de 2017 que amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó al concejo distrital *“expedir una resolución que adicione, modifique o aclare la Convocatoria Publica N° 098 de noviembre de 2015 para la elección del Contralor de Santa Marta, disponiendo que se practique una nueva prueba de conocimientos, de competencias o habilidades laborales con la elaboración del respectivo cronograma, aclarándose en específico los siguientes puntos (...)”*³.

Además fijó el cronograma que debía seguir el Concejo Distrital de Santa Marta para realizar la elección del contralor.

1.2.3 Por Resolución N° 020 del 24 de marzo de 2017, el Concejo de Santa Marta dio cumplimiento a la decisión judicial, adicionando la convocatoria iniciada en el año 2015 y fijó nuevo cronograma para la realización de las pruebas de conocimientos.

1.2.4 Una vez surtido el trámite de rigor, el 17 de abril de 2017 mediante Acta N° 043 el Concejo Distrital de Santa Marta declaró la elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor de Santa Marta para lo que resta del período 2016-2019.

1.2.5 En providencia de 15 de mayo de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta revocó la decisión de tutela proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y, en su lugar, declaró la improcedencia de la solicitud de amparo.

1.2.6 En virtud de esta decisión, el Concejo Distrital de Santa Marta por Resolución N° 068 del 6 de junio de 2017 decidió dejar sin efectos el Acta N° 043 del 17 de abril de 2017 a través de la cual se había elegido al señor Ropaín como Contralor de esa entidad territorial.

1.2.7 Posteriormente, el Concejo Distrital mediante Acta N° 69 de 14 de junio de 2017 declaró la elección del señor Edilson Miguel Palacios Castañeda - demandante del proceso de la referencia- como Contralor Distrital de Santa Marta.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El accionante fundamenta su demanda en las siguientes causales de nulidad:

1.3.1 Falsa motivación, en razón a que operó la figura del decaimiento del acto administrativo pues al ser revocada la sentencia de tutela del 17 de marzo de 2017 la designación de Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor Distrital perdió sus fundamentos fácticos y jurídicos.

³ Folio 170 vuelto del cuaderno No. 1

1.3.2 Violación de las normas en las que debía fundarse, pues se transgredieron los artículos 6º y 13 de la Constitución, así como los artículos 3º, 87, 88 y 97 de la Ley 1437 de 2011, en tanto la duma distrital expidió un acto que contrarió la orden dada en la sentencia expedida por esta Corporación el 7 de diciembre de 2016.

1.3.3. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, en razón a que él había alcanzado la puntuación más alta dentro de la lista de la cual, por orden del Consejo de Estado, el concejo distrital debía elegir al nuevo Contralor de Santa Marta.

1.3.4 Falta de competencia, debido a que el juez de tutela no debió hacer pronunciamiento alguno sobre el tema relativo a la elección del Contralor de Santa Marta ya que, le correspondía al concejo dar cumplimiento al fallo del 7 de diciembre de 2016.

2. Actuaciones Procesales

2.1 Admisión de la demanda

Por auto del 6 de junio de 2017, el Tribunal Administrativo admitió la demanda de la referencia, excluyó las pretensiones relativas al restablecimiento del derecho⁴, decretó la suspensión provisional del acto acusado y ordenó las notificaciones conforme al artículo 277 de la Ley 1437 de 2011

La decisión de conceder la suspensión provisional fue impugnada oportunamente, recurso que fue desatado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 1º de febrero de 2018, providencia en la que se resolvió dejar sin efectos la medida cautelar decretada.

2.2. Contestación de la demanda por parte del demandado

En escrito del 12 de julio de 2017⁵, el señor Alfredo José Moisés Ropain, mediante apoderado, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma⁶: Señaló que su designación obedeció a un fallo de tutela el cual tiene mayor jerarquía que otras decisiones proferidas por jueces ordinarios y por tanto se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico. Sostuvo, que no hubo pérdida de fuerza ejecutoria en virtud de la revocatoria del fallo de tutela del 17 de marzo de 2017, por cuanto esta solo se materializa con la anulación del acto por parte de la jurisdicción contenciosa. Adujo que el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 no contempla la falsa motivación como causal de nulidad pues solo se predica de los actos administrativos.

⁴ En el auto admisorio el Tribunal excluyó las pretensiones relativas a reestablecer el derecho y las que impugnaban los actos preparatorios y por tanto, la demanda se entiende dirigida contra el acto electoral.

⁵ Folios 763 a 782

⁶ Mediante escrito aparte propuso, además, excepciones previas.

En memorial radicado el 29 de noviembre de 2017, el demandado argumentó adicionalmente que la pérdida de fuerza ejecutoria no es causal de nulidad electoral; que en caso de aceptarse los efectos de la nulidad éstos son hacia el futuro, y por ende, no afectan la legalidad de su elección; existía un impedimento jurídico para dar cumplimiento al fallo del 7 de diciembre de 2016 proferido por el Consejo de Estado, toda vez que la lista de elegibles a la que aludía tal providencia era “inconstitucional”.

2.3. Contestación del Concejo Distrital de Santa Marta⁷

El concejo distrital se opuso a las pretensiones de la demanda pues sostuvo que el acto quedó sin efectos según se dispuso en la Resolución N° 068 del 06 de junio de 2017. Explicó que la elección del demandado tuvo como fundamento la orden judicial constitucional del 17 de marzo de 2017, la cual al ser revocada le otorgó competencia al concejo para dejar sin efectos la designación del señor Ropaín, así como todos los actos preparatorios.

2.4 Audiencia inicial

En la audiencia inicial⁸ celebrada el 17 de enero de 2018 la Magistrada conductora del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidare lo actuado, razón por la cual procedió a: i) decidir las excepciones previas; ii) la fijación del litigio y iii) el decreto de pruebas.

En lo referente al litigio, éste se fijó en determinar “...si operó o no la pérdida de fuerza ejecutoria frente al Acta N° 043 del 17 de abril de 2017 proferida por el Concejo Distrital de Santa Marta, que eligió como contralor distrital de Santa Marta al Dr. Alfredo Moisés Ropaín durante el periodo 2017-2019 expedido en virtud del fallo de tutela de fecha de 17 de marzo de 2017 del Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Santa Marta, al ser revocado en segunda instancia por fallo de tutela del 15 de mayo de 2017 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta”.⁹

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y la contestación de la demanda. Adicionalmente, denegó las documentales relativas a los antecedentes administrativos de la decisión de tutela, por cuanto estos medios probatorios son irrelevantes en el presente caso. En esta misma diligencia se decidió prescindir de la audiencia de pruebas y se propuso que las partes presentaran oralmente sus alegatos.

2.5 Alegatos de conclusión en primera instancia

En esta etapa procesal el señor Edilson Miguel Palacio Castañeda, recorrió el término para alegar en el que hizo un recuento de los hechos de la demanda,

⁷ Folios 676 a 688

⁸ Artículo 283 concordante con artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 1005 a 1007 cuaderno No.1.

⁹ Folio 1006 del cuaderno No. 1

insistió en los argumentos de nulidad y solicitó acceder a las pretensiones plasmadas en el libelo introductorio¹⁰.

Por otra parte, el apoderado de la parte demandada argumentó que el decaimiento del acto administrativo no es causal de nulidad por no encontrarse prevista en los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011 y en tal virtud se deben denegar las pretensiones de la demanda.

2.6 Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que lo que procede es declarar probada la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria del acto enjuiciado¹¹.

2.7. Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 24 de enero de 2018¹², el *a quo* resolvió negar las pretensiones de la demanda al considerar que la “*carencia actual de objeto por sustracción de materia*” no se encuentra enlistada en el artículo 180.6 de la Ley 1437 de 2011 como una excepción. Sin embargo, su configuración puede derivar en la inhibición del fallador, dependiendo de si el acto acusado produjo o no efectos, citando varios pronunciamientos jurisprudenciales en los que se concluyó que, en temas electorales es posible declarar la sustracción de materia cuando el acto acusado no produjo ningún efecto. Por el contrario, en el evento en que aquel haya producido efectos es viable pronunciarse de fondo, toda vez que “*independiente de su vigencia aquel tiene intacta su legalidad*”.

Del acervo probatorio obrante en el plenario se concluyó que el acto acusado fue revocado por el concejo distrital mediante Resolución N° 068 de 6 de junio de 2017. Sin embargo, este produjo efectos jurídicos pues el demandado tomó posesión de su cargo y por tanto puede ser objeto de análisis, circunstancia que impide en este caso particular decretar la “*carencia de objeto por sustracción de materia*”.

Advirtió que el litigio se fijó en establecer si el acto acusado era nulo por la configuración de una causal de pérdida de fuerza ejecutoria, frente a lo cual dispuso que las pretensiones se deben denegar pues la pérdida de fuerza ejecutoria no puede ser fundamento de una declaratoria de nulidad.

2.8. Del recurso de apelación interpuesto por el accionante

En memorial de 29 de enero de 2018¹³ el accionante formuló recurso de apelación en el que solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y

¹⁰ Folio 1006 vuelto del cuaderno No. 1

¹¹ Folio 1007 del Cuaderno No. 1

¹² Folios 1014 al 1021 del Cuaderno No. 1

¹³ Folios 1033 a 1035 del Cuaderno No. 1

acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que la fijación del litigio no implicaba la renuncia a los demás cargos formulados en la demanda.

Argumentó que si se concluyó que el acto perdió su fuerza ejecutoria, lo lógico era que así se hubiese declarado en la parte resolutive de la providencia decretando la “sustracción de materia” y no producir una decisión de fondo denegatoria.

Por el contrario, si se quería desconocer la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria, procedía el análisis de fondo de las demás causales de nulidad invocadas en la demanda, lo que conllevaba a anular el acto acusado.

2.9 Trámite de instancia

Mediante auto del 9 de febrero de 2018¹⁴ la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Magdalena, concedió el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia y en providencia del 1º de febrero de 2018¹⁵ esta Corporación, a través del consejero Dr. Alberto Yepes Barreiro, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

2.9.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia

2.9.1.1 Presentados por Alfredo José Moisés Ropaín¹⁶

Argumentó que no podía ser destinatario del fallo de tutela porque en la motivación y fundamentación solo se tuvo en cuenta a los demandantes y se omitió incluir a los coadyuvantes y terceros, en tal virtud los efectos del fallo no lo cobijan. Expuso que la providencia del 15 de mayo de 2017 se expidió con efectos *inter comunis*, a pesar de no cumplir con las reglas fijadas por la Corte Constitucional para ello.

Concluyó que la Resolución N° 068 de 6 de junio de 2017 es inconstitucional; por lo tanto, en uso de la facultad prevista en el artículo 148 del CPACA, se debe inaplicar este acto además de confirmar la sentencia de primera instancia que denegó pretensiones de la demanda.

2.9.1.2 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.

El 21 de marzo de 2017¹⁷ la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarara la inhibición por sustracción de materia.

Indicó que hubo una variación en la situación fáctica del proceso pues para la fecha de la audiencia inicial, el acto acusado había sido “revocado” por el concejo distrital, en tal virtud lo procedente era declarar la carencia de objeto por

¹⁴ Folio 1037

¹⁵ Folios 1052 del cuaderno No. 2

¹⁶ Folios 1065 al 1074 del Cuaderno No. 2

¹⁷ Folios 1076 al 1081 del cuaderno No. 2.

sustracción de materia, en tanto la razón para la fecha en la que se realizó dicha diligencia el acto acusado ya no producía ningún efecto.

Expuso que no existe una postura unánime en la Corporación y en especial en la Sección Quinta en relación con la necesidad de emitir pronunciamiento de fondo porque el acto electoral había producido efectos. Argumentó que la Sala Plena del Consejo de Estado ha concluido que aun cuando el acto era derogado o perdía vigencia procedía por parte del juez un estudio de fondo. En tanto, la Sección Quinta sin importar si el acto produjo efectos o no se ha declarado inhibida para decidir de fondo cuando el acto perdió fuerza ejecutoria. Para ilustrar esta postura hizo referencia al auto del 12 de diciembre de 2016 radicación 2015-0046 CP Alberto Yepes y el auto del 8 de marzo de 2017 radicación 2015-00026 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo del 24 de enero de 2018 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, está fijada en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor de Santa Marta, para lo que resta del período 2016-2019 contenido en el Acta No. 043 del 17 de abril de 2017.

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) La fijación del litigio en los procesos electorales ii) pérdida de fuerza ejecutoria y, iii) análisis del caso en particular.

2.1. La fijación del litigio en los procesos electorales

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se estableció una fase procesal denominada fijación del litigio, cuya principal función es concretar los hechos probados y determinar los aspectos fácticos que son objeto de debate. Se busca que allí se delimiten las actuaciones del juez y de las partes, se fije el alcance de las pretensiones y se precise el acervo probatorio que permita llegar a una acertada solución jurídica de la controversia. Adicionalmente, constituye una garantía del debido proceso pues define el marco en el cual se ha de desarrollar el debate y los aspectos sobre los que ha de ejercerse el derecho de defensa y contradicción.

En este punto afirma el demandante en calidad de apelante único que la fijación del litigio no implica una renuncia a los cargos formulados en la demanda con el acto acusado, pues con el libelo introductorio se pretende cuestionar la legalidad del acto de elección del señor Alfredo José Moisés Ropaín como Contralor de Santa Marta y por tanto este aspecto debe ser analizado y decidido de fondo.

En cuanto a este punto, esta Corporación en reciente jurisprudencia¹⁸ ha expuesto:

“¿Es posible que el juez se pronuncie sobre aspectos que si bien no fueron taxativa, expresa y específicamente establecidos en la fijación del litigio, es decir, que no fueron explícitamente incluidos en el contenido literal del acta de la audiencia inicial, grabada y suscrita por quienes en ella intervinieron, pero que razonablemente se entienden incluidos desde la inteligencia de su señalamiento?”

Esta pregunta puede ser absuelta desde dos perspectivas, así:

La primera abogaría por indicar que una vez concretados estos aspectos, ni las partes ni el juez pueden dirigir sus esfuerzos a probar o determinar asuntos que no fueron tratados expresamente en la fijación. Es decir, que la fijación determina la conducta procesal tanto de las partes como del juez y, por tanto, es un límite que impide al juez pronunciarse sobre aquellos aspectos que no fueron expresamente estipulados en aquella, porque cualquier determinación sobre ellos implicaría una vulneración del debido proceso de las partes en tanto estas resultarían sorprendidas con la decisión de esos tópicos.

La segunda propendería porque la fijación del litigio si bien es una técnica de reducción de la complejidad de los problemas planteados por las partes, ella no constituye la resolución definitiva de los extremos de la litis, en el entendido en que este se resuelve en el fallo y, por tanto, aquella puede alcanzar mayores niveles de abstracción, de discusión jurídica que los trazados en esa diligencia inicial.

En consecuencia, si bien esa fijación guía la senda en que se inicia el descubrimiento de los elementos materiales para arribar a una decisión, ella no puede condicionar el resultado de esta; pues este solo se podrá determinar cuando se valoren las pruebas, se reconstruyan las argumentaciones, se determine la línea jurisprudencial aplicable al caso, para resolverlo definitivamente.

Esta posición dice tener respaldo normativo en los artículos 187 del CPACA y 281 y 282 del C.G.P., los cuales enuncian el carácter provisional de la fijación del litigio, cuando insisten que en la sentencia se decidirá sobre cualquier otra excepción que se encuentre probada; que se estudien y decidan todas las excepciones a pesar del silencio del a quo (CPACA) y que

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 15 de octubre de 2015. C. P. (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. 1001-03-28-000-2014-00139-00.

en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos o excepciones de fondo los debe decretar de oficio.

*Esta sección, no tomará partido por ninguna de las posturas descritas, pero sí debe señalar, que **si bien acepta sin reticencia alguna que la fijación del litigio determina la conducta de las partes y del juez durante el proceso como la decisión de fondo que este debe dictar, también admite que si hay asuntos que razonablemente e implícitamente se encuentran incluidos en la inteligencia de aquel, los cuales fueron asumidos y admitidos por las partes, desplegando una conducta procesal frente a ellos, el fallador puede y debe pronunciarse sobre esos aspectos no incluidos expresa y/o literalmente en la fijación del litigio, pero que se desprenden de él de forma clara y contundente.***” (Negritillas fuera del texto primigenio)

Postura que ha sido reiterada en sentencia de 3 de diciembre de 2015¹⁹ cuando se explicó:

*“Así, en esta oportunidad insiste la Sala en el valor de la fijación del litigio como plano de coordenadas imprescindible en el proceso, pero matizado por la verdad y la justicia como valores supremos en nuestro ordenamiento, así como por la protección de garantías iusfundamentales como inexcusable mandato para el juzgador, en cuanto, **dado el caso, se advierta que de los planteamientos jurídicos concretados en aquella se deriven otros interrogantes, sin los cuales sea imposible destrabar la litis.**”* (Se destaca).

Conforme a lo expuesto es dable concluir que es posible que una vez fijado el litigio de allí se desprendan otros asuntos que deban ser resueltos por el juez, temas que deben tener relación íntima y directa con la controversia planteada al punto de considerarse inmersos en él. Por tanto para determinar si al demandante le asiste razón en cuanto a este punto se debe entrar a analizar cómo fue fijado el litigio en el presente caso y si es posible de que de él se desprendan asuntos que deber ser desatados por el fallador de instancia.

En la audiencia inicial celebrada el 17 de enero de 2018 el magistrado ponente fijó el litigio en determinar “...*si operó o no la pérdida de fuerza ejecutoria frente al Acta N° 043 del 17 de abril de 2017 proferida por el Concejo Distrital de Santa Marta, que eligió como contralor distrital de Santa Marta al Dr. Alfredo Moisés Ropaín durante el periodo 2017-2019 expedido en virtud del fallo de tutela de fecha de 17 de marzo de 2017 del Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Santa Marta, al ser revocado en segunda instancia por fallo de tutela del 15 de mayo de 2017 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta*”.²⁰

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad.: 11001-03-28-000-2014-00135-00.

²⁰ Folio 1006 del cuaderno No. 1

El cuestionamiento precedente solo puede generar una respuesta afirmativa o negativa sobre la configuración o no de la pérdida de fuerza ejecutoria, sin que de allí se pueda desprender algún asunto conexo o adicional. Esta situación fue aceptada por las partes al no manifestar oposición cuando se planteó el problema jurídico y al sustentar sus alegatos de conclusión de primera instancia sobre este mismo punto. En tal virtud, establecidos los límites de la controversia en la audiencia inicial no es dable que en el transcurso de la segunda instancia se pretendan incluir argumentos diferentes a los que las partes acordaron en la primera instancia y por tal razón este argumento de recurrente debe ser negado.

2.2. Recuento jurisprudencial y unificación sobre la figura de la Pérdida de fuerza ejecutoria del acto

Sobre este tema se han proferido dos posiciones jurisprudenciales, a saber:

2.2.1 Posibilidad de que el juez electoral expida pronunciamiento de fondo a pesar de la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria

Esta postura funda sus argumentos en la distinción entre los criterios de existencia, validez y eficacia²¹, ya que entiende que puede analizarse la validez de un determinado acto pese a que este no surta ningún efecto. Desde esta perspectiva, la autoridad judicial debe analizar la legalidad del acto desde su expedición y hasta que cesó en sus efectos y, por ende, emitir un juicio en donde se especifique si aquel se adoptó o no conforme al ordenamiento jurídico.

Entre las sentencias que asumen esta postura se encuentran:

Sentencia	Análisis
Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de septiembre de 1999, radicación 1736 CP. Reinaldo Chavarro Buritica	En este caso el acto demandado ya no estaba surtiendo efectos jurídicos, por tanto se consideró que: <i>“...resulta claro que el hecho de que la resolución acusada ya no produzca efectos por haberse agotado su objeto y vencido su término de vigencia, no conlleva a una decisión inhibitoria ya que la salvaguarda de la legalidad, objetivamente considerada, objeto</i>

²¹ Previamente esta Sala de Decisión ha entendido que la **existencia**, se refiere a la creación del acto, es decir, al momento en el cual se origina o este nace a la vida jurídica; en tanto, la **eficacia** está relacionada con el deber que tiene la administración de dar a conocer el acto, para que aquel pueda aplicarse, ser exigible y acatado. Por su parte, la **validez** atañe a la “*convergencia del sujeto, objeto, causa, fin y forma en la configuración del acto administrativo*”, y permite establecer si un determinado acto existe.

Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicación: 25000-23-41-000-2015-0543-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo: Ministro Plenipotenciario de Argentina y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de septiembre de 2016. Radicación: 66001-23-33-000-2016-00117-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo: Henry Rincón Álzate – Contralor de Dosquebradas.

	<p><i>jurídico de la acción instaurada, solo se obtiene con la decisión del juez sobre el examen de la legalidad que le compete.</i></p> <p><i>No se debe confundir la vigencia y el contenido de una disposición, fenómeno que tiene que ver con su alcance normativo, con la legalidad de la misma, toda vez que, un acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos, sin perjuicio de que haya agotado o no su contenido normativo, debe conformarse con el ordenamiento jurídico de manera que no resulte contrario a ninguna de las normas de jerarquía superior en que debe fundarse.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de agosto de 2005, radicación 68001-23-15-000-2004-00447-01 CP. Darío Quiñones Pinilla</p>	<p>En este fallo se retomó la tesis expuesta en el fallo de 1999, concluyendo que:</p> <p><i>“La sentencia inhibitoria por sustracción de materia no procede cuando se trata de la demanda contra actos administrativos de carácter general o contra los denominados “actos condición”, como quiera que solamente si se efectúa el control de legalidad y constitucionalidad de esas normas es posible restablecer el imperio del orden jurídico y de la legalidad, que son los fines últimos de la acción de nulidad. Así las cosas, se tiene que si bien es cierto el acto administrativo de nombramiento impugnado no produce efectos jurídicos a la fecha de esta sentencia, no es menos cierto que ese “acto condición” exige un estudio de fondo y, en consecuencia, una sentencia de mérito que analice la presunción de legalidad del acto que se reprocha.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de noviembre de 2002, radicación 15001-23-31-000-2001-1092-02 CP. Darío Quiñones Pinilla:</p>	<p>En este caso se continuó con la postura acuñada en el año 1999 y reiterada posteriormente, razón por la cual se analizó de fondo la legalidad del acto acusado, pese a que la elección del Gobernador de Arauca hecha por el</p>

	<p>Presidente de la República había cesado en sus efectos, pues el demandado declinó tal designación.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de abril de 2003, radicación 11001-03-28-000-2002-0091-01 CP. Darío Quiñones Pinilla</p>	<p>Se analizó de fondo la legalidad del acto de elección del Contralor Municipal de Barrancabermeja, el cual había cesado en sus efectos por la destitución de la que fue objeto. En este mismo sentido y bajo la misma tesis se resolvieron los siguientes asuntos: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de marzo de 2005, radicación 05001-23-31-000-2004-00375-01 y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 15001-23-31-000-2004-00366-01 ambos con ponencia de Darío Quiñones Pinilla.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2008, radicación 11001-03-28-000-2006-00062-00 CP. Mauricio Torres Cuervo</p>	<p>Se conoció de fondo el acto de elección del señor Jairo Díaz Contreras como Congresista para el periodo 2006-2010, a pesar de que no estaba produciendo efectos como consecuencia de la pérdida de investidura de la que fue objeto, argumentando que <i>“la salvaguarda de la legalidad que aquí se reclama exig[ía] un estudio de fondo y, en consecuencia, una sentencia de mérito que anali[zara] la legalidad de esa decisión administrativa [se refiere al acto de elección] en los aspectos que se le reprochan”</i>.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2010, radicación 11001-03-28-000-2009-00009-00 CP. Susana Buitrago Valencia</p>	<p>Se señaló que era viable analizar la legalidad del acto acusado, pese a que aquel había sido revocado, con fundamento en que:</p> <p><i>“La naturaleza popular de la acción electoral contrasta con el acto objeto de control, que si bien como acto que da acceso a la función pública reviste también un interés público, es un acto particular mirado desde la óptica de los derechos que genera para el que es designado.</i></p> <p><i>Mediante el ejercicio de la acción electoral el demandante persigue preservar la legalidad en abstracto, esto</i></p>

	<p><i>es, defender el ordenamiento jurídico como único propósito.</i></p> <p><i>Pero aún en aquellos eventos en que la naturaleza del acto es estrictamente particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en los eventos en que el acto ha dejado de producir efectos, no impide el juicio de legalidad del mismo.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00048-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez</p>	<p>A pesar de que la Corte Constitucional declaró la inexecutable del acto que creó Consejo de Gobierno Justicia, se consideró procedente pronunciarse sobre la legalidad de los actos que declararon la elección de los miembros permanentes pues: <i>“se trata de aquel que declaró la elección sobre sujetos particulares, así que el análisis objetivo de legalidad, se realiza conforme al régimen vigente al momento de la expedición del acto.”</i></p> <p>Adicionalmente, se concluyó que: <i>“los efectos de los fallos proferidos por la Corte Constitucional son a futuro, salvo que ella lo indique de otra forma, lo cual no aconteció en este caso al observar la parte resolutive de la decisión y el acto que se conoce en este caso produjo plenos efectos, toda vez que quienes fungieron como miembros permanentes en el Primer Consejo de Gobierno Judicial se posesionaron, asumieron el cargo y ejercieron sus funciones.”</i></p>
	<p>La Sala sostuvo que sí era viable analizar de fondo el acto acusado, pese a su revocatoria. Para sustentar su posición la Sección explicó:</p> <p><i>“En la medida en que los actos administrativos produzcan efectos, se trate de actos de carácter general o particular, podrán ser controlados por el juez contencioso administrativo aún en el evento en que hayan sido derogados o revocados con posterioridad a su expedición porque, precisamente, la revocatoria impide que el acto revocado</i></p>

<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04 CP. Rocío Araujo Oñate:</p>	<p><i>se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo.</i></p> <p><i>Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio:</p>	<p>La Sala Electoral declaró la “carencia de objeto por sustracción de materia” al resolver la legalidad del acto de elección de un diputado de Risaralda, por cuanto no había tomado posesión del cargo y su acto de elección nunca produjo efectos, lo que impedía realizar un control en su legalidad.</p> <p><i>“Concluye la Sala que en este caso operó la sustracción de materia debido a que el acto demandado no surtió efectos jurídicos, lo cual hace que exista carencia actual de objeto para el estudio de su legalidad.</i></p> <p><i>Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Sala Plena de esta corporación adoptó un criterio según el cual <<De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa de esta Corporación, si las causas que originaron el ejercicio del medio de control desaparecen, el juez debe declararse inhibido para resolver el asunto ya que no hay objeto que se sujete a una sentencia. Lo anterior,</i></p>

	<p><i>porque la sustracción de materia, admitida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal para inhibirse, opera cuando la relación sustancial o material que originó la litis ha variado de sentido, o incluso desaparecido.</i></p> <p><i>Ahora bien, en materia de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional reiteradamente también se ha servido de la teoría de la sustracción de materia para determinar su competencia al momento de estudiar demandas de constitucionalidad contra normas derogadas. “[...] En conclusión, la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer una acción de inconstitucionalidad por sustracción de materia, cuando la norma (1) se encuentra derogada y (2) no produce efectos”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre de 2017, radicación 20001-23-39-000-2016-00591-02CP. Carlos Enrique Moreno Rubio</p>	<p>Como el acto de llamamiento del demandado había cesado en sus efectos, la Sección retomó las consideraciones vertidas en la sentencia del 27 de octubre de 2017, y por tanto, reiteró que la posibilidad de decretar esa figura en los procesos electorales se habilitaba siempre y cuando el acto acusado nunca hubiese producido efectos; en consecuencia, como en el asunto analizado la designación demandada sí los produjo era viable su análisis de fondo.</p>

En estos pronunciamientos la Sala Electoral ha sostenido que se debe privilegiar la necesidad de establecer si el acto fue proferido o no conforme a derecho y en tal virtud la pérdida de fuerza ejecutoria del acto no releva a la autoridad judicial de realizar un estudio de fondo sobre su legalidad, a pesar de que al momento de expedir la sentencia ya no esté produciendo ningún efecto.

2.2.2 Improcedencia de pronunciamiento de fondo por configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria.

Una postura opuesta a la planteada precedentemente es aquella que afirma que cuando el acto acusado no esté produciendo efectos jurídicos el juez no puede

realizar un análisis de fondo y por tanto, se debe declarar terminado el proceso electoral. Estos casos son:

Sentencia	Análisis
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 6 de mayo de 2004, radicación 63001-23-31-000-2004-0047-01 CP. Darío Quiñones</p>	<p>El tribunal que dispuso la terminación del proceso por sustracción de materia, porque el acto a través del cual se nombró al Gerente de Gobierno del Municipio de La Tebaida (Quindío) fue objeto de revocatoria directa.</p> <p>Al respecto la Sala concluyó que, aunque la tesis predominante imponía concluir que el juez debía analizar de fondo el acto acusado, lo cierto es que aquella posición solo era aplicable cuando la pérdida de fuerza ejecutoria se presentaba después de la admisión de la demanda y no antes como en el caso concreto. Así la Sección comenzó a establecer excepciones a la que hasta la fecha era regla general. En este caso, la terminación del proceso se condicionó a la fecha de la ocurrencia de la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto acusado.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de julio de 2012, radicación 110010328000201200037-00 CP. Susana Buitrago Valencia</p>	<p>Se decretó la “cesación de la actuación” del proceso electoral contra la designación de un ministro, toda vez que la ilegalidad alegada se subsanó sin intervención del juez electoral.</p> <p>En el mismo sentido, se expidió el auto del 24 de julio de 2012 radicación 11001-03-28-000-2012-00039-00 y el auto del 15 de julio de 2013 radicación 11001-03-28-000-2013-00022-00. Aunque en estos autos no se discutió si el acto había dejado de producir efectos o no, debido a que simplemente se decidió terminar el proceso debido a que la presunta vulneración alegada fue subsanada, lo cierto es que se decretó la terminación, pese a que todos los actos demandados estaban surtiendo plenos efectos.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 31 de agosto de</p>	<p>Se decretó la terminación del proceso electoral, ante la pérdida de fuerza</p>

<p>2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00097-00 CP. Alberto Yepes Barreiro</p>	<p>ejecutoria del acto demandado, en razón de la muerte de quien fungía como designado.</p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00046-00 CP. Alberto Yepes Barreiro</p>	<p>Se decretó la terminación del proceso porque el acto acusado había dejado de producir efectos jurídicos por la renuncia presentada por la demandada. En este caso se concluyó:</p> <p><i>“El Acuerdo No. 089 de 21 de octubre de 2015 dejó de producir efectos jurídicos con la renuncia de la señora Zea Ramos, ya que dicho documento pasó a convertirse en “letra muerta”, habida cuenta que la persona que se nombró mediante el citado acuerdo decidió dejar de ocupar el cargo de Magistrada en el que fue nombrada mediante el referido acuerdo.</i></p> <p><i>Así las cosas, sería demasiado gravoso utilizar el aparato judicial para analizar la validez de un acto que ya no está produciendo ninguna consecuencia jurídica. En otras palabras, ningún efecto útil podría derivarse de decidir en una sentencia si el acto de elección acusada estaba viciado o no de nulidad, pues ello traería un desgaste innecesario para la administración de justicia.”</i></p>
<p>Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Ponente del 24 de noviembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00075-00 CP. Alberto Yepes Barreiro:</p>	<p>Se estudió la procedencia de continuar tramitando el proceso electoral contra el acto que declaró los resultados del plebiscito por la paz celebrado en octubre de 2016, en razón a que existía un nuevo acuerdo de paz suscrito posteriormente en el teatro Colón de Bogotá. Se concluyó que: <i>“los resultados de la votación del plebiscito que se cuestionan, son respecto de un texto anterior, que fue modificado y, por este motivo, las decisiones que sobre ese inicial acuerdo se adoptaron, han perdido su fuerza ejecutoria, hecho que torna en innecesario adelantar este procedimiento, por carencia actual de objeto.”</i></p> <p>La misma tesis fue acogida en auto de</p>

	Sala del 3 de agosto de 2017 radicación 11001-03-28-000-2016-00081-00 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 8 de marzo de 2017, radicación 11001-03-28-000-2015-00026-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez:	<p>Las normas que crearon el Consejo de Gobierno Judicial fueron declaradas inexecutable y en tal virtud se decretó la terminación del proceso que cuestionaba la legalidad de la elección de los representantes de los jueces y magistrados ante ese organismo. Se dijo:</p> <p><i>“Por contera, el Despacho conductor, en congruencia con la filosofía y decisión de la Sala Plena Contenciosa de esta corporación y de la nulidad de contenido electoral 00018, tiene claro que la inexecutable del Acto Legislativo 02 de 2015, que fue causa primigenia de una sucesión de actos, dentro de la que se incluye los acuerdos que regulaban el proceso eleccionario de los miembros elegidos y los conexos en forma directa, como el acto declaratorio de elección de sus miembros el cual se pretende anular con estas demandas de nulidad electoral que ocupan la atención del Despacho, deben todos su nacimiento, tanto al acto creador del ente (acto legislativo en cita) y, el acto declaratorio de elección a éste y a todos aquellos actos que fijaron el marco para el desenvolvimiento de esa designación (acuerdos reglamentarios de la elección incluida la convocatoria), evidencian que ya no están produciendo efecto alguno, razón por la cual no queda otra vía al juez Contencioso Administrativo de la nulidad electoral, que sustraer la materia del conocimiento a cargo de la Sección Quinta y declarar terminado el proceso.(...)”</i></p>
Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sección del 11 de mayo de 2017, radicación 11001-03-28-000-2015-00026-00 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio	En esta providencia se resolvió el recurso de súplica que se presentó contra el auto que decretó la terminación del proceso referenciado en el párrafo que precede y se encontró que tal decisión fue adecuada.

2.2.3 Postura unificada respecto a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado

Frente a la diversidad de criterios se requiere unificar postura respecto de las consecuencias procesales que trae la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado a fin de salvaguardar los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales imponen al juez sentar reglas claras y diáfanas que rijan este tipo de asuntos.

2.2.3.1 Si el acto demandado no produjo efectos jurídicos y no se encuentra vigente.

Considera esta Sala de Decisión que para dilucidar este tipo de asuntos se debe atender el criterio previsto en la jurisprudencia de la Sala Plena²² y de la Sección Quinta del Consejo de Estado²³, en cuanto a que si el acto demandado no surtió efectos y no se encuentra vigente opera la carencia de objeto por sustracción de materia. Al respecto se explicó:

“Concluye la Sala que en este caso operó la sustracción de materia debido a que el acto demandado no surtió efectos jurídicos, lo cual hace que exista carencia actual de objeto para el estudio de su legalidad.

*Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Sala Plena de esta corporación adoptó un criterio según el cual <<De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa de esta Corporación, si las causas que originaron el ejercicio del medio de control desaparecen, **el juez debe declararse inhibido para resolver el asunto ya que no hay objeto que se sujete a una sentencia.** Lo anterior, porque la sustracción de materia, admitida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal para inhibirse, opera cuando la relación sustancial o material que originó la litis ha variado de sentido, o incluso desaparecido.*

Ahora bien, en materia de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional reiteradamente también se ha servido de la teoría de la sustracción de materia para determinar su competencia al momento de estudiar demandas de constitucionalidad contra normas derogadas. (...) En conclusión, la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer una acción de inconstitucionalidad por sustracción de materia, cuando la norma (1) se encuentra derogada y (2) no produce efectos”

Siendo así las cosas y ante la presencia de la carencia actual de objeto por sustracción de materia, le corresponde al magistrado que conduzca el proceso, determinar su ocurrencia con el fin de terminarlo en su etapa inicial siguiendo las

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de julio 19 de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente No. 11001-03-25-000-2015-01042-00.

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, CP. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.

reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar hasta la sentencia para inhibirse de conocer el fondo del asunto en detrimento del derecho que tienen los ciudadanos para que la administración de justicia les garantice que los mecanismos judiciales sean eficaces.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales de esta alta corporación, resulta imperativo terminar el proceso en la etapa inicial, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral o administrativo que ha sido despojado de sus efectos y que por tal circunstancia *jamás* produjo efectos jurídicos dado que, la razón de ser del proceso desaparece puesto que no tiene materia que controlar dado que en su vigencia no surtió efectos, conllevando con ello a que la decisión en uno u otro caso no redunde en la salvaguarda de los derechos ciudadanos.

2.2.3.2 Si el acto demandado produjo efectos jurídicos

Por otra parte y si el acto acusado produjo efectos y no se encuentra vigente, el juez contencioso administrativo aún en el evento en que haya sido retirado del ordenamiento jurídico²⁴, mantiene su competencia para conocer de su legalidad porque, su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia.

Por lo anterior, un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien formalmente decidirá si dicho acto excluido fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia²⁵ y se impone por parte del operador judicial su resolución de fondo en la sentencia.

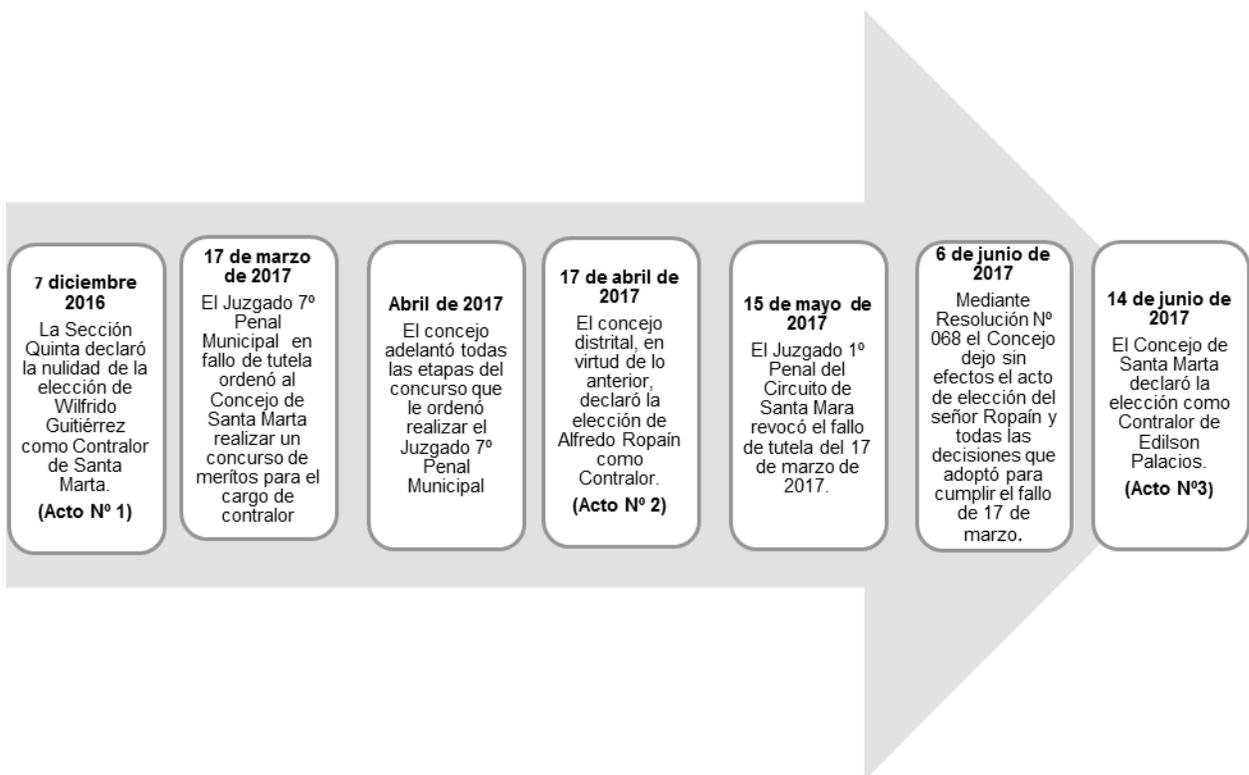
2.3. Caso concreto

Con anterioridad²⁶ esta Sala de Decisión ha determinado que cronológicamente el presente proceso de elección del Contralor de Santa Marta se ha desarrollado de la siguiente manera:

²⁴ Como en el caso en concreto, que el acto demandado fue revocado por el Concejo Distrital de Santa Marta.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.

²⁶ Así se expuso en: Consejo de Estado, Sección Quinta auto del 25 de octubre de 2017 dentro del radicado 47001-23-33-000-2017-00274-01 Ddo. Edilson Palacios Castañeda C.P Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 1º de febrero de 2018, radicación 47001-23-33-000-2017-00191-01 Ddo. Alfredo José Ropaín. CP. Alberto Yepes Barreiro.



En el auto del 1º de febrero de 2018 que desató el recurso de apelación contra la decisión de decretar la suspensión provisional en el presente proceso, se concluyó que para elegir al Contralor Distrital de Santa Marta para el periodo 2016-2019, el concejo de esa ciudad expidió tres actos electorales independientes así:

- “Un **primer acto** -el del señor Wilfrido Gutiérrez- que fue declarado nulo por la Sala Electoral del Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2016, y en la que se precisó que la declaratoria de nulidad implicaba que el concejo debía elegir a un nuevo contralor de la “lista de elegibles” contenida en la Resolución N° 10 del 7 de enero de 2016.
- Un **segundo acto**, contenido en el Acta N° 043 de 17 de abril de 2017, declarativo de la elección del señor Alfredo Ropain -hoy demandado- que es el acto acusado en el proceso de la referencia. Es de anotar que, según consta en el expediente, **este acto fue dejado sin efectos por el concejo distrital mediante Resolución N° 068 de 6 de junio de 2017.**
- Un **tercer acto**, declarativo de la elección del señor Edilson Palacios -hoy demandante- contenido en el Acta N° 069 de 14 de junio de 2017 y cuyo estudio, en suspensión provisional, se abordó por la Sección en auto del 25 de octubre de 2017, radicación 47001-23-33-000-2017-00274-01.”

Respecto del acto objeto de estudio, Acta N° 043 de 17 de abril de 2017, se tiene que surgió como consecuencia del fallo del 17 de marzo de 2017²⁷, proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Santa Marta, que resolvió conceder el amparo a los derechos fundamentales invocados y ordenó al Concejo Distrital de Santa Marta “...expedir una resolución

²⁷ Folios 719 al 742

que adicione, modifique o aclare la Convocatoria Publica N° 098 de noviembre de 2015 para la elección del Contralor de Santa Marta, disponiendo que se practique una nueva prueba de conocimientos, de competencias o habilidades laborales con la elaboración del respectivo cronograma....”. Esta decisión fue revocada el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta con Funciones de Conocimiento, despacho judicial que en providencia del 15 de mayo de 2017 declaró improcedente la acción de tutela²⁸.

Por lo anterior y en cumplimiento del artículo 7° del Decreto 306 de 1992²⁹, el Concejo Distrital de Santa Marta profirió la Resolución N° 068 del 6 de junio de 2017, en la que dispuso:

*“ARTÍCULO 1° DEJAR SIN EFECTOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE A CONTINUACIÓN SE RELACIONAN, así: Acta 043 de FECHA DE 17 DE ABRIL DE 2017 por medio de la cual se da la lección, posesión y juramentación para el periodo legal y constitucional del 17 de abril de 2017 a 31 de diciembre de 2019 al señor **ALFREDO MOISES ROPAIN** como Contralor Distrital de Santa Marta. (...)”³⁰*

De lo expuesto se tiene que la Resolución N° 68 de 6 de junio de 2017- dejó sin efectos la elección demandada y a partir de esa fecha el acto acusado no está produciendo ningún efecto jurídico. Sin embargo, en el plenario se encuentra el Acta No. 43³¹, correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo Distrital de Santa Marta celebrada el 17 de abril de 2017, en la que se llevó a cabo la elección, posesión y juramentación del Contralor Distrital de Santa Marta para el período del 17 de abril al 31 de diciembre de 2019. En tal virtud se encuentra probado que, a pesar de que la Resolución N° 68 de 6 de junio de 2017- dejó sin efectos la elección demandada, ésta si surtió efectos desde el 17 de abril de 2017- fecha de la posesión – hasta el 6 de junio de 2017- fecha de expedición de la Resolución 68 de 2017.

Conforme al análisis realizado en el numeral 2.2.3 y demostrado como está que el acto demandado si produjo efectos jurídicos, se concluye que no está configurada la denominada carencia de objeto por sustracción de materia y por tanto se procede el análisis de la legalidad del acto demandado.

2.3.1 Causales de nulidad electoral

El medio de control de nulidad electoral se encuentra regido por normas especiales previstas en el Título VIII de la Ley 1437 de 2011, el cual en su artículo 275 dispone:

²⁸ Folios 748 al 760

²⁹ **ARTÍCULO 7°-** De los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela. Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo.

³⁰ Folio 702 del expediente.

³¹ Folio 136 al 147 del expediente.

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección.”

Del contenido de este precepto, así como el dispuesto en el artículo 137 de este mismo compendio normativo, se tiene que la pérdida de fuerza ejecutoria no constituye una causal de nulidad.

Respecto de esta figura se tiene que los actos administrativos gozan de fuerza ejecutoria, es decir, la administración cuenta con capacidad para hacer cumplir por sí misma sus propios actos sin la intervención de autoridad distinta. Dicha prerrogativa se pierde cuando los actos administrativos son anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cuando se presentan las causales previstas en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011³².

³² Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

De lo expuesto precedentemente es dable concluir que no es posible que en esta instancia judicial se considere la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria como una causal de nulidad que permita desvirtuar la presunción de la legalidad del Acta No 043 de 17 de abril de 2017, pues se trata de una figura jurídica que no tiene esta finalidad.

En tal virtud le asiste razón al fallador de primera instancia cuando afirma que *“la pérdida de fuerza ejecutoria o el decaimiento del acto administrativo es un fenómeno que opera por ministerio de la ley y se invoca cuando la administración o un tercero con legitimidad pretende dar cumplimiento del contenido o decisiones adoptadas en la decisión administrativa, entonces habiendo ocurrido algunas de las causales de que trata el artículo 91 del CPACA se exceptiona su ejecución; pero en ninguno de los casos allí previstos se concibe la acusación del acto administrativo ante el juez con base en este supuesto, toda vez que las causales de nulidad están orientadas a los vicios de validez (objeto, sujeto, motivación, finalidad) y no a su eficacia.”*

Por tal razón y como la fijación del litigio se circunscribió a determinar *“...si operó o no la pérdida de fuerza ejecutoria frente al Acta N° 043 del 17 de abril de 2017 proferida por el Concejo Distrital de Santa Marta, que eligió como contralor distrital de Santa Marta al Dr. Alfredo Moisés Ropaín durante el periodo 2017-2019”*³³, no existen asuntos conexos o adicionales que deban ser resueltos, lo que conlleva a concluir que se debe confirmar la decisión que denegó las pretensiones de la demanda.

En este punto se debe destacar que la decisión que mediante esta providencia se confirma no conlleva a que el señor Alfredo Moisés Ropaín pueda ejercer el cargo de contralor, por cuanto el acto solo tuvo una vigencia durante el periodo del 17 de abril de 2017 al 6 de junio de 2017, fecha en la cual su acto de elección quedó sin efectos jurídicos y en tal virtud no puede ser ejecutable.

3. Argumentos expuestos en los alegatos de conclusión

En relación con los argumentos presentados por el accionante en sus alegatos de conclusión, a través de los cuales pretende controvertir la legalidad de la Resolución N° 068 de 6 de junio de 2017, se insiste en los planteamientos expuestos en el auto de 25 de octubre de 2017, en el que se concluyó:

“Escapa a las competencias de la Sala analizar si el concejo podía o no proferir la Resolución N° 68 de 6 de junio de 2017, habida cuenta que dicho acto es definitivo, independiente y autónomo al acto electoral cuya suspensión se pretende; por consiguiente, los reproches del demandante [señor Alfredo Ropaín] tendientes a evidenciar que su elección no podía

³³ Folio 1006 del cuaderno No. 1

ser dejada sin efectos³⁴, deberán formularse ejercicio de los medios de control propios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Así las cosas, además de ser extemporáneos estos planteamientos deben ser discutidos a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico dispuso, sin que le sea dable a la Sala analizarlos en esta instancia procesal.

4. Conclusión

La Sala unifica su postura en cuanto a:

- i) Si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá considerar terminar el proceso en su etapa inicial, ya sea saneándolo o siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3º y 4º y no esperar a dictar una sentencia inhibitoria.
- ii) Si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo mantiene su competencia para conocer de la legalidad y decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia, estudio que corresponde hacerlo en la sentencia.

Como en el caso concreto, se demostró que el acto de elección del señor Ropaín produjo efectos jurídicos no es procedente decretar la carencia de objeto por sustracción de materia. Además, de acuerdo con los límites impuestos en la fijación del litigio, la pérdida de fuerza ejecutoria no constituye causal de nulidad y en tal virtud procede confirmar la sentencia de primera instancia.

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

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de enero de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada por el señor Palacios Castañeda.

SEGUNDO: Unificar posición en el sentido de que si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá terminar el proceso en su etapa inicial evitando dictar sentencia inhibitoria. Por el contrario, si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo deberá decidir si se desvirtúa o no la

³⁴ Tales como: i) que esta no decayó por el simple hecho de la revocatoria del fallo de tutela y ii) que, según la jurisprudencia de la sección, la revocatoria del fallo del 17 de marzo de 2017 por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta no implicaba necesariamente que debía dejarse sin efectos su elección.

presunción de legalidad cuando el acto tuvo eficacia, estudio que se hará en la sentencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

Continúan firmas...

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

**CARENCIA ACTUAL DE OBJETO / PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL /
PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Mi desacuerdo no radica en el hecho que considere que debió declararse la nulidad del acto acusado, sino que estimo que en el caso concreto la sentencia de primera instancia debió revocarse, para en su lugar decretar la terminación del proceso por carencia actual de objeto, pues era evidente que el acto acusado había perdido fuerza ejecutoria y, por ende, cualquier pronunciamiento sobre su legalidad resultaba inane. (...) En este orden de ideas, el motivo de mi inconformidad radica principalmente en dos razones: (i) la regla fijada en torno a las consecuencias procesales de que el acto acusado pierda su fuerza ejecutoria y (ii) la aplicación de esa regla en el caso concreto; aspectos sobre los que me referiré a continuación. (...) En los procesos electorales el principio de tutela judicial efectiva no solo está relacionado con el deber del juez de garantizar que los mecanismos judiciales sean eficaces y logren la protección que el ciudadano reclama, sino que, además, impone a la autoridad judicial la obligación de velar

que, a través del medio de control de nulidad electoral, se satisfagan cabalmente los derechos del electorado (...) En este orden de ideas, no cabe duda que cuando el acto electoral es despojado de sus efectos jurídicos, la razón de ser del proceso electoral desaparece puesto que cualquier pronunciamiento que el juez realice entorno a su legalidad se torna inane, ya que la decisión en uno u otro sentido no redundara en la salvaguarda de los derechos del electorado, perdiendo así su propósito. (...) Aunado a lo ya expuesto, debe advertirse que uno de los componentes del principio de tutela judicial efectiva es que las decisiones judiciales respondan real y efectivamente a las necesidades de la ciudadanía que acude al juez a presentar sus controversias. (...) Como puede observarse no en pocas oportunidades he expuesto y defendido esta teoría dándole aplicación, no solo en actos electorales derivados de la votación popular, sino también en los proferidos por cuerpos colegiados, pues en ambos casos la consecuencia es la misma: la pérdida de fuerza ejecutoria del acto deriva en la carencia de objeto del proceso. (...) Bajo el anterior panorama, y con fundamento en las razones antes expuestas considero que en el caso concreto la sentencia de primera instancia debió revocarse, y en su lugar declarar la “carencia actual de objeto por sustracción de materia”.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO

ALBERTO YEPES BARREIRO

Nulidad Electoral- Salvamento de Voto

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito explicar los motivos por los cuales salvé mi voto en la sentencia del 24 de mayo de 2018, a través de la cual se confirmó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena que negó las pretensiones de la demanda.

Mi desacuerdo no radica en el hecho que considere que debió declararse la nulidad del acto acusado, sino que estimo que en el caso concreto la sentencia de primera instancia debió revocarse, para en su lugar decretar la terminación del proceso por carencia actual de objeto, pues era evidente que el acto acusado había perdido fuerza ejecutoria y, por ende, cualquier pronunciamiento sobre su legalidad resultaba inane.

En este orden de ideas, el motivo de mi inconformidad radica principalmente en dos razones: (i) la regla fijada en torno a las consecuencias procesales de que el acto acusado pierda su fuerza ejecutoria y (ii) la aplicación de esa regla en el caso concreto; aspectos sobre los que me referiré a continuación.

1. La regla en torno a las consecuencias procesales del hecho que el acto acusado pierda su fuerza ejecutoria

En la providencia objeto de salvamento, la Sala concluyó que si el acto acusado había producido efectos jurídicos, independiente de que al momento del fallo ya

nos los produjera, era necesario que la autoridad judicial se pronunciara sobre su legalidad. Para sustentar esta tesis, la el fallo del 24 de mayo de 2018 retomó en su integridad las consideraciones vertidas en las sentencias de la Sección del 18 de febrero de 2016³⁵ y 27 de octubre de 2017³⁶, respectivamente.

Sin embargo, considero que lo anterior desconoció que la Sala Plena del Consejo de Estado ya había fijado una regla respecto a que debe hacerse en los casos en los que en el curso del proceso se acredite la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado.

En efecto, en el caso del Consejo de Gobierno Judicial, la Sala Plena de esta Corporación determinó que debido a la declaratoria de inexecutable del acto legislativo que creó dicho órgano, el proceso iniciado debía terminarse por carencia de objeto.

En esa oportunidad, la Sala Plena en sentencia del 19 de julio de 2016 y dentro del radicado 1001-03-28-000-2015-00021-00 declaró la sustracción de materia, pese a que era evidente que el acto acusado había surtido plenos efectos jurídicos. Sin embargo, se consideró que no era necesario que la Corporación emitiera un juicio de legalidad sobre los actos acusados, ya que la pérdida de fuerza ejecutoria hacía inane cualquier pronunciamiento.

De lo anterior, se puede extraer una regla clara fijada por la Sala Plena del Consejo de Estado, según la cual ante la pérdida de fuerza ejecutoria del acto lo que procede es decretar la ocurrencia de la carencia de objeto por sustracción de materia, no de otra manera se explica que se haya decidido abstenerse de analizar la legalidad del acto acusado.

Ahora bien, aunque no escapa que dicha tesis se acuñó en el marco de un proceso de nulidad por inconstitucionalidad, lo cierto es que con fundamento en ella se decretó la **terminación del proceso electoral** que sobre esa misma causal cursaba en esta Sección identificado con el radicado N°11001-03-28-000-2015-00026-00 en el que por auto de ponente de la Dra. Lucy Bermudez, **que fue confirmado por la Sala mediante auto del 11 de mayo de 2017**, se concluyó que la pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto generaba la terminación del proceso.

Así las cosas, es evidente que la Sección implícitamente aceptó la postura, según la cual la pérdida de fuerza ejecutoria del acto da lugar a que el proceso se finiquite sin hacer pronunciamiento de fondo, lo que imponía que en esta

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, CP. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01

oportunidad se acuñara la misma posición y, por ende, se concluyera que en **todos** los eventos en los que en el trámite del proceso se acredite la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado, el juez debe abstenerse de realizar un pronunciamiento de fondo.

En otras palabras, a mi juicio, debió concluirse que en los procesos electorales en los que el acto acusado ya no esté produciendo efectos jurídicos se releva a la autoridad judicial de estudiar su legalidad, pues en ese caso el análisis de la validez se torna innecesario.

Lo anterior, se refuerza si se tiene en cuenta que:

(i) En los procesos electorales el principio de tutela judicial efectiva no solo está relacionado con el deber del juez de garantizar que los mecanismos judiciales sean eficaces y logren la protección que el ciudadano reclama, sino que, **además, impone a la autoridad judicial la obligación de velar que, a través del medio de control de nulidad electoral, se satisfagan cabalmente los derechos del electorado**³⁷.

En este orden de ideas, no cabe duda que cuando el acto electoral es despojado de sus efectos jurídicos, **la razón de ser del proceso electoral desaparece** puesto que cualquier pronunciamiento que el juez realice entorno a su legalidad se torna inane, ya que la decisión en uno u otro sentido no redundara en la salvaguarda de los derechos del electorado, perdiendo así su propósito.

Así pues, ante la pérdida de fuerza ejecutoria los cargos presentados en la demanda electoral ya no resultan relevantes, pues incluso si aquellos llegaran a prosperar, lo cierto es que el acto dejó de producir efectos, y por consiguiente, ya no es necesaria la intervención del juez para mitigar las lesiones que de la ejecutoria de dicho acto, eventualmente, se pudieran derivar.

(ii) Aunado a lo ya expuesto, debe advertirse que uno de los componentes del principio de tutela judicial efectiva es que las decisiones judiciales **respondan real y efectivamente** a las necesidades de la ciudadanía que acude al juez a presentar sus controversias.

Por supuesto, si el acto acusado ya no está produciendo ningún efecto, la decisión judicial, pese a analizar la legalidad del acto acusado, tampoco lo hará y, por consiguiente, con ella se estaría emitiendo un fallo netamente pedagógico o ilustrativo sobre la validez del acto, pero sin ningún impacto real y efectivo.

En efecto, estimo que una decisión judicial sin efecto útil implica un desgaste innecesario del aparato judicial, en detrimento de otros bienes jurídicamente

³⁷ Los cuales se predicen no solo cuando el acto se origina en una votación popular, sino también cuando como en este caso es expedido por una corporación pública.

tutelados que también deben estar al resguardo de la autoridad judicial, tales como la celeridad, la eficiencia y el **uso racional de la función jurisdiccional**.

(iii) Resulta innecesario entrar a resolver de fondo el asunto sometido a consideración de la jurisdicción, ya que la decisión a tomar fuere cual fuere se tornarían inane y, por consiguiente, contrariarían a uno de los fines funcionales del derecho, esto es, **la efectividad en la resolución del conflicto propuesto**³⁸.

Así las cosas, y si se tienen en cuenta los índices de congestión en la rama judicial, no cabe duda, que llevar hasta la etapa alegaciones y juzgamiento un proceso electoral en el que el acto acusado perdió, por causas ajenas al mismo, su fuerza ejecutoria, resultaría en suma gravoso para el aparato jurisdiccional, ya que este tendría que poner en marcha su funcionamiento para proferir una decisión que en la práctica se convertirá en "*letra muerta*", en sacrificio total e irreparable de los principios antes anotados.

(iv) El fin último del proceso electoral es la garantía y protección de los derechos del electorado. En efecto, sabido es que el acto electoral no solo materializa el derecho al acceso al poder público de una determinada persona, sino que además concreta la democracia representativa, esto es, el derecho a elegir de los electores.

Si es esto así, es evidente que los actos electorales expedidos por las corporaciones públicas son la manifestación clara de la representación, pues a través de estos los elegidos popularmente ejercen cabalmente la representación de quien los eligió. Así pues, es claro que estos actos son la consecuencia del principio democrático y de representación, en este caso, indirecta y ejercida a través de los miembros del cuerpo colegiado que llegaron a esa instancia, precisamente, a representar los intereses del elector popular.

En este sentido, no puede sostenerse que el hecho de que la representación se ejerza indirectamente, es decir, mediante los elegidos, despoja a los actos expedidos por estos de su carácter electoral, por consiguiente, tampoco puede asegurarse que en esta clase de actos no debe primar la protección del electorado.

En síntesis, en los actos electorales que expide las corporaciones públicas no solo confluyen los derechos del elegido, sino también principios fundamentales en el marco de un sistema democrático tales como *pro electoratem* (electorado) o *pro suffragium* (electores), ya que ahí también tienen plena relevancia no solo los derechos de la persona designada, sino también los de quienes conforman el órgano electoral y fungen como sufragantes tanto directa o como indirectamente.

³⁸ Cfr. los términos de Luis Recasens Siches en su libro de Introducción al Estudio del Derecho.

(v) Ahora bien, no me es indiferente que uno de los puntos que más preocupa de la postura antes expuesta es lo relacionado con las posibles consecuencias que ella traería para los derechos subjetivos del elegido, especialmente los medios judiciales que se quieran iniciar teniendo como fundamento la decisión del juez electoral. V.gr. una eventual reparación directa con fundamento en la nulidad de la elección decretada.

Sin embargo, considero que esto no es suficiente para descartar la teoría propuesta, de un lado, porque la protección de los derechos del electorado solo se materializa cuando se profiere una decisión que genere efectos prácticos, y de otro, porque en sentido estricto no puede hablarse de derechos subjetivos consolidados a favor del elegido, ni tampoco a favor de quien participó como candidato en la designación.

En este orden de ideas, debo señalar que siempre he sido consistente con la tesis antes expuesta, pues en **todos** los casos en los que el acto electoral ha perdido su fuerza ejecutoria, por alguna razón externa al proceso, he abogado para que este termine por carencia de objeto.

De esta situación no solo dan cuenta los autos que he expedido al efecto en los procesos a mi cargo, sino también las diversas aclaraciones de voto en las que de manera reiterada y firme he sostenido que es inocuo analizar la legalidad de un acto que ya no está produciendo efectos jurídicos.

Entre las providencias en las que he desarrollado esta posición se encuentran, entre muchas otras, las siguientes:

- Auto de ponente del 31 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00097-00 en el que ante la muerte de la representante afro elegida, se optó por terminar el proceso por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto electoral.
- Auto de ponente del 12 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00046-00 en el que ante la renuncia de la demandada al cargo al que fue designada, se terminó el proceso.
- Aclaración de voto al auto de sección del 11 de mayo de 2017, radicación 11001-03-28-000-2015-00026-00 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio en el que se decretó la terminación del proceso electoral seguido contra los miembros representantes de los jueces y magistrados ante el extinto Consejo de Gobierno Judicial.

- Aclaración de voto a la sentencia del 3 de noviembre de 2017, radicación 20001-23-39-000-2016-00591-02 CP. Carlos Enrique Moreno Rubio en la que pese a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto se decidió estudiar su legalidad.

Como puede observarse no en pocas oportunidades he expuesto y defendido esta teoría dándole aplicación, no solo en actos electorales derivados de la votación popular, sino también en los proferidos por cuerpos colegiados, pues **en ambos casos la consecuencia es la misma: la pérdida de fuerza ejecutoria del acto deriva en la carencia de objeto del proceso.**

Lo anterior se reforzado, se insiste, con la imposibilidad jurídica de resarcimiento de algún derecho subjetivo consolidado por parte de los candidatos, toda vez que, a mi juicio, esta clase de prerrogativas jamás podrán existir en derecho electoral.

Bajo este panorama, considero que en respeto del precedente acuñado por la Sala Plena y con fundamento en los argumentos que preceden, la Sección debía concluir que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado derivaba en la declaratoria de carencia de objeto del proceso electoral.

Es de advertir que como en el fallo del 24 de mayo de 2018 fue la primera vez que la Sala fijó una regla sobre las consecuencias procesales de la pérdida de fuerza ejecutoria de acto acusado, lo que me correspondía para evidenciar mi inconformidad con la regla establecida era salvar el voto. Sin embargo, en las oportunidades siguientes en las que se aplique la tesis mayoritaria, en respeto irrestricto de las decisiones de esta Sección, aclarare el voto a afectos de manifestar mi posición.

2. Sobre la resolución del caso concreto

Bajo el anterior panorama, y con fundamento en las razones antes expuestas considero que en el caso concreto la sentencia de primera instancia debió revocarse, y en su lugar declarar la “*carencia actual de objeto por sustracción de materia*”.

Lo anterior, comoquiera que estaba plenamente acreditado que el Acta N° 043 de abril de 2017 -acto de elección del señor Ropaín- dejó de producir efectos jurídicos en virtud de la expedición de la Resolución N° 068 de 6 de junio de esa misma anualidad y, por consiguiente, a mi juicio, ningún efecto útil se derivaba de analizar si el acto de elección acusado estaba viciado o no de nulidad, pues en todo caso aquel desde el 6 de junio de 2017 ya no producía efecto alguno.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones que me llevaron a apartarme del criterio mayoritario adoptado por la Sala en la providencia de la referencia, y por consiguiente, a salvar el voto en el fallo en comento.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

