

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 18 de marzo de 2009.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 11001-03-06-000-2004-01591-00(1591)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Concejo Municipal. Funciones constitucionales y legales de las elecciones. Inconstitucionalidad de efectuar varias elecciones para elegir concejos municipales. Validez de los actos de los concejos.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Alcalde Municipal de Algeciras (Huila), consulta a la Sala acerca de la viabilidad jurídica para que el Concejo Municipal pueda sesionar sin reunir el número mínimo de miembros exigidos por la Constitución, y acerca de la validez de los actos proferidos en esas condiciones por dicha Corporación.

La consulta formulada por el Alcalde de Algeciras, cuyo texto transcribe en parte el señor Ministro, manifiesta que *“debido a las amenazas de los violentos y a la difícil situación de orden público que impidió el ejercicio del derecho al sufragio”* el 26 de octubre del 2003, fueron elegidos los seis candidatos inscritos para el concejo municipal de Algeciras, de los 13 que deben integrar la corporación.

Se aduce igualmente, que *“. . . los concejales sesionaron el día 02 de febrero de 2004. Al llamado de lista contestaron cinco (5) concejales de los seis (6) electos; dos concejales dejaron sendas constancias en el sentido de abstenerse de participar en la elección del Personero Municipal . . . sin embargo, los tres (3) concejales restantes (de trece) procedieron a ‘elegir’ Secretaria de la Corporación y Personera Municipal, ya habían hecho lo propio con la mesa directiva del Concejo Municipal. . . . Ante la falta absoluta del personero y la imposibilidad del concejo para decidir, procedí a expedir el decreto 020 de febrero 27 de 2004, en los siguientes términos. POR EL CUAL SE HACE UN NOMBRAMIENTO*

PROVISIONAL. (Se refiere al nombramiento del personero)". Al respecto preguntan a la Sala:

"1. A la luz del artículo 312 de la Constitución Política podría decirse que el Concejo Municipal de Algeciras está constitucionalmente formado?

2. Se podrá dar aplicación analógica al artículo 35 de la ley 782 de 2002, desconociendo los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 4 y 312, teniendo en cuenta que no existe el número mínimo de concejales exigido por la Constitución?

3. Con fundamento en los hechos narrados, serán válidas las 'decisiones' que ha venido adoptando el Concejo Municipal de Algeciras, tales como la designación de mesa directiva y la elección de secretaria y personero, o se aplicaría respecto de ellas la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Carta Política, por estar sesionando con un número de miembros inferior al mínimo exigido por el estatuto superior? O respecto de la elección de los dos personeros se debe acudir al procedimiento señalado en el artículo 101 del Decreto 1333 de 1986?

4. La Alcaldía Municipal de Algeciras debe cancelar honorarios a los Concejales por las sesiones en las circunstancias antes expuestas, es decir, sesionar en una sede distinta a la de su jurisdicción, teniendo como precedente que el Gobernador les negó la posibilidad de sesionar en la ciudad de Neiva, aduciendo para ello que la situación de orden público en Algeciras no lo ameritaba?

5. De no ser procedente jurídicamente el funcionamiento del Concejo Municipal de Algeciras, qué mecanismo o alternativa legal tendría el alcalde para el efectivo cumplimiento de sus funciones, en especial, para contratar, adoptar planes y programas y ejecutar los demás actos que requieran el concurso de esta corporación?"

Como quiera que, según información suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, previa convocatoria hecha por el Gobernador del Departamento del Huila mediante decreto 214 del 15 de marzo del año en curso, el 11 de julio del 2004 se realizaron otras elecciones en el municipio de Algeciras, con el fin de proveer las 7 siete curules vacantes del Concejo, la Sala considerará este hecho tanto en el análisis de la consulta como en las respuestas.

CONSIDERACIONES

1. Posición del Consejo Nacional Electoral

La situación que dio origen a la presente consulta fue examinada por el Consejo Nacional Electoral, con ocasión de las consultas formuladas por el Alcalde

Municipal de Algeciras, el Ministerio del Interior y la Registraduría Nacional del Estado Civil. La posición de esa Corporación se puede sintetizar así:

(i) En la primera consulta formulada, el 9 de diciembre del 2003, por el Alcalde electo del Municipio de Algeciras, señor Samuel Vásquez Ávila, sobre el funcionamiento de la corporación edilicia con sólo seis miembros, el Consejo Nacional Electoral manifestó que si el Cabildo de Algeciras no alcanzaba a conformar la mayoría de sus miembros, de manera tal que pudiera integrarse el quórum necesario para su funcionamiento, se imponía la convocatoria de una nueva elección con el fin de asegurar la provisión plena de los 13 miembros del Concejo, teniendo en cuenta que dicha situación se presentaba antes de cumplirse un año para la finalización del período, como lo disponía el artículo 131 del Código Electoral.

Ante la disyuntiva de convocar a nuevas elecciones para elegir la totalidad de sus miembros o sólo las curules no provistas, se respondió que la declaratoria de elección de los 6 miembros constituía un acto administrativo creador de derechos de contenido subjetivo, el cual sólo podría ser revocado con el consentimiento expreso y escrito de los afectados, por lo cual se recomendaba convocar una nueva elección para proveer las siete curules vacías del Concejo Municipal.

(ii) La segunda consulta, elevada por el Director de Asuntos Políticos y Electorales del Ministerio del Interior y de Justicia, doctor Juan Carlos Lancheros Gámez, fue absuelta señalando, de una parte, que teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 22, 24 y 29 de la ley 136 de 1994, y demás normas constitucionales sobre la materia, no se podían celebrar las elecciones para el Concejo Municipal cuando el número de inscritos no alcanzaba ni siquiera el mínimo fijado por la Constitución –siete concejales- máxime que el número definido por la ley para el municipio de Algeciras era de 13, lo que hacía que el Concejo electo no pudiera desempeñar sus funciones toda vez que para poderse reunir, sesionar y deliberar se requería una cuarta parte de sus miembros, sobre el supuesto de que dicha Corporación estuviera integrada por el mínimo constitucionalmente exigido; de otra parte, al analizar las circunstancias que rodearon el referido proceso electoral, el Consejo Nacional Electoral encontró viable la aplicación del artículo 35 de la ley 782 del 2002 para permitir, de manera transitoria, el funcionamiento del Concejo Municipal de Algeciras elegido el pasado 26 de octubre, y al respecto expresó:

“Para resolver esta cuestión es posible aplicar de manera analógica el artículo 35 de la ley 782 de 2002, el cual señala: ‘Cuando en razón de la situación de grave perturbación de orden público, medien hechos de fuerza mayor que impidan la asistencia de diputados y concejales a las sesiones, el quórum se establecerá tomando en consideración el número de personas que estén en condiciones de asistir’. Si bien el supuesto que prevé la disposición en cuestión es distinto, esto es, el caso de las asambleas departamentales y los Concejo Municipales que fueron integrados en debida forma, pero cuyos miembros no pueden concurrir a las sesiones debido a la ocurrencia de hechos de fuerza mayor originados por la situación de grave perturbación del orden público; es posible apreciar una identidad de razón entre este evento y lo sucedido en Algeciras”.

Finalmente se reitera que en aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 131 del Código Electoral, procedía la convocatoria de nuevas elecciones para proveer las curules faltantes.

(iii) La tercera consulta fue presentada por la Registradora Nacional del Estado Civil, doctora Almabeatriz Rengifo López, con ocasión de la convocatoria a elecciones que hiciera el Gobernador del departamento del Huila, mediante Decreto 214 del 15 de marzo del 2004, con el fin de proveer el número de curules vacantes en el Concejo Municipal de Algeciras. Al respecto el Consejo Nacional Electoral precisó que el censo electoral del municipio que había servido de base para las elecciones del 26 de octubre del 2003, tenía vigencia para los nuevos comicios a celebrarse el 11 de julio del año en curso, toda vez que eran eventos electorales independientes y autónomos. En relación con la inscripción de candidatos se dijo que todos los movimientos, partidos y grupos de ciudadanos podían inscribir una lista única integrada hasta por siete candidatos que era el número de curules a proveer y sobre la cual se aplicaría la cifra repartidora.

2. Funciones políticas de las elecciones como principios de interpretación de las normas electorales

De tiempo casi inmemorial, se reconoce que las elecciones en las democracias occidentales cumplen tres funciones políticas primordiales: integran algunos de los órganos del poder, generan una representación del pueblo convocado a las urnas, y legitiman el ejercicio del poder. No es este el escenario para recordar la teoría de la democracia. Para el sólo efecto de sustentar la interpretación de las normas jurídicas que se hará adelante, se precisan brevemente estos tres efectos de las elecciones.

En cuanto a la función de integrar algunos de los cuerpos u órganos del poder, vale la pena distinguir entre (i) la función política de las elecciones, esto es la expresión de la voluntad popular que designa las personas que ejercerán, en forma colectiva o individual el poder político, en aquellas instituciones en las que la alternación de los gobernantes (que es esencial a la democracia) se efectúe por la vía del sufragio popular, y (ii) la situación personal del favorecido con esa expresión popular que puede conferirle unos derechos laborales. La finalidad de las elecciones es la primera, que prevalece sobre la segunda, esto es, la de instituir los detentadores del poder, dándoles una investidura transitoria y limitada para su ejercicio, pues en ella está presente el interés público. Los posibles derechos que cada uno de los elegidos derive de su elección constituyen una situación jurídica particular, que solo atañe al elegido, pero que no se puede sobreponer al fin político, público, y representativo de la conformación del órgano de elección popular. La Sala hace hincapié en que la función electoral es la de integrar un órgano o cuerpo de elección popular y no la de nombrar unos “funcionarios”, pues como se explica más adelante, todo cuerpo de elección popular representa al pueblo reunido en la circunscripción.

Es esencial a la función de seleccionar los gobernantes el hecho de que las elecciones sean competitivas, esto es, que se presenten candidatos cuyo origen político sea diferente, con propuestas que respondan, así sea formalmente, a posturas políticas distintas, entre las cuales el elector es libre de escoger. En las democracias occidentales no se entiende que haya verdaderas elecciones si no hay pluralidad de propuestas o de candidaturas a las elecciones y si no hay libertad de escogencia por parte del ciudadano. Es posible que haya sitios y municipios en los cuales un determinado partido o movimiento político tradicionalmente obtenga la mayoría o más de los escaños de los diferentes cuerpos colegiados, pero siempre debe existir la posibilidad, tanto jurídica como real, de que se presenten a cada elección varias alternativas de poder, incluso provenientes de movimientos ciudadanos. Es por tanto necesaria la igualdad entre los partidos y movimientos con capacidad de postular candidatos a elecciones, pues la existencia de privilegios en cuanto al derecho de postulación de los candidatos rompe con la libertad del elector y desfigura el resultado de la voluntad popular.

Para efectos de este concepto, y en lo que respecta a la función de representación que se produce con las elecciones, se debe contestar esta pregunta: ¿a quién representa un determinado órgano de elección popular? Para responderla, es necesario citar nuestra Constitución Política, que radica la soberanía “*exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder político*” quien la ejerce directamente o por medio de sus representantes (artículo 3°). El voto es entonces uno de los mecanismos de participación política del pueblo en el ejercicio de su soberanía. (artículo 103 *ibídem*). Los diferentes cuerpos colegiados de elección popular, tengan o no funciones legislativas, representan al pueblo en conjunto, que puede ser el de toda la Nación como en el caso del Congreso de la República, o de los departamentos o municipios, que es el caso de las asambleas departamentales y los concejos municipales (artículo 133 *ibídem*). Anota la Sala, que ni aún en el caso de la revocatoria del mandato existe una representación de una parte del pueblo, pues el programa de gobierno del candidato elegido se elabora para toda la comunidad y no en beneficio de un grupo de votantes. El origen político o local de cada uno de los miembros de un cuerpo elegido popularmente, no modifica el carácter representativo del pueblo que lo eligió. En la clásica expresión de Hauriou “... *un electo ... no habla ni actúa únicamente en nombre de su circunscripción, o más exactamente, de los electores que dentro de esa circunscripción lo han elegido a él, sino que habla en nombre de toda la comunidad. Se ha convertido en un representante del Pueblo en conjunto, y no de una parte o fracción de él.*”¹

En este recordatorio de las bases del sistema democrático, es necesario incluir el principio de igualdad entre todos los ciudadanos, de suerte que cada quién posee un voto y sólo uno. Por esta razón se crean múltiples mecanismos para impedir que las personas puedan votar varias veces en la misma elección. La noción de pueblo lleva implícita la de igualdad. Necesariamente la posibilidad de votar varias veces falsea el resultado de las urnas, pues rompe la igualdad de quienes conforman el pueblo, concediendo un privilegio antidemocrático a quienes sufragaron varias veces.

Pasando al tercero de los efectos políticos de las elecciones, la de la legitimación de los gobernantes, es claro que ésta proviene del resultado de las urnas, expresado conforme a las reglas constitucionales y legales, de tal manera que si no se cumplen tales normas, puede concluirse que o no hubo elección pues se

¹ HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Ariel. Barcelona 1971 Pág. 250.

perdió toda legitimidad democrática, o que la elección es nula en todo o en parte. La legitimidad nos ubica, en esta perspectiva en un plano muy diferente del de la simple nulidad jurídica por violación de normas constitucionales, pues cuando la voluntad popular se distorsiona por completo al punto que no se pueda predicar que el grupo electo representa al pueblo que supuestamente lo eligió, estamos en presencia de una ausencia de cuerpo y no de una nulidad que debe ser declarada judicialmente. Para que se pueda hablar de inexistencia de la elección, la violación a las reglas electorales debe ser de tal naturaleza que los supuestamente elegidos carezcan de la legitimidad democrática que los debe preceder en el ejercicio de su poder.

3. Normas que regulan la organización de las elecciones para Concejos Municipales y su funcionamiento

En cuanto al tema central que compete al análisis sometido a consideración de la Sala, cual es la validez de la composición del Concejo Municipal de Algeciras en el Departamento del Huila, se encuentran las siguientes normas constitucionales y legales que regulan su elección:

a) El artículo 287 de la Constitución Política que determina que uno de los derechos de las entidades territoriales, tal el municipio, es el de “gobernarse por autoridades propias” indicando cómo éstas deben representar al pueblo respectivo. La legitimidad de estas autoridades propias se obtiene en las urnas.

b) El 312 *ibídem* que crea los concejos municipales como corporaciones administrativas elegidas popularmente, para períodos de cuatro años e integradas por no menos de siete ni más de veintiún miembros, según lo determine la ley. El artículo 313 regula las funciones que debe ejercer en tanto cuerpo, esto es mediante la reunión de sus miembros que deliberan y adoptan decisiones (de tipo administrativo) sometidas a unas reglas sobre quórum, mayorías, votaciones etc. Nótese que se constituyen como un cuerpo elegido, esto es sus funciones son colegiadas y no individuales. Para explicar este elemento, se puede comparar cualquier cuerpo colegiado con el “Consejo de Ministros”, el cual existe en tanto reúne a todos los Ministros del Despacho, pero carece de funciones constitucionales de carácter colectivo (como corporación) al punto que para declarar los estados de excepción se requiere de la decisión del Presidente con la “firma de todos los ministros” (artículo 212), jamás por votación de la mayoría de los ministros. El concejo municipal no está conformado por un grupo de

funcionarios que colectivamente ejercen unas funciones, sino que es una corporación que representa al pueblo del municipio y actúa como un solo cuerpo. Por esta razón se exige la presencia de unos quórum deliberatorios o decisorios y las decisiones se adoptan según las reglas de las mayorías.

c) El artículo 316 de la Carta, define que en las *“votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales ... solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”*. Claramente se entiende que se elevan a canon constitucional las consecuencias de los principios de representación y legitimidad antes bosquejados. La ley 163 de 1994 desarrolla este mandato en los artículos 3° y 4° definiendo y regulando la *residencia electoral* para efectos de determinar el *censo electoral* con los votantes que tienen derecho a concurrir a la elección del correspondiente concejo municipal.

d) Los artículos 263 y 263-A de la Carta Fundamental, regulan la forma de distribuir los escaños en las elecciones para cuerpos colegiados mediante los mecanismos de la cifra repartidora y del voto preferente, que suponen que la elección se haga en un mismo día (una sola vuelta) dado que son mecanismos que se pueden clasificar dentro de los sistemas de representación proporcional de los partidos y fuerzas políticas.

e) La ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, prevé en los artículos 29 y 30:

“ARTÍCULO 29. QUÓRUM. Los Concejos y sus comisiones no podrán abrir sesiones y deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución de termine un quórum diferente”.

“ARTÍCULO 30. MAYORÍA. En los concejos y sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”.

De conformidad con las normas transcritas, se tiene que para que los concejos municipales y sus comisiones puedan abrir sesiones y deliberar, se requiere la asistencia de una cuarta parte de sus miembros, y las decisiones serán tomadas con **la asistencia de la mayoría de los integrantes** de la respectiva corporación

y por la mayoría de los votos de quienes asistan, salvo que la carta determine un quórum diferente o exija una mayoría especial².

f) Mediante Resolución No. 2610 del 25 de julio del 2003, la Registraduría Nacional del Estado Civil al fijar el número de concejales a elegir en la circunscripción electoral del Huila, para las elecciones que se celebraron el pasado 26 de octubre, previó 13 curules para el municipio de Algeciras. En consecuencia, al tenor de las normas citadas, para que el concejo de Algeciras elegido el 26 de octubre, hubiera podido tomar decisiones se requería la asistencia de la mayoría de sus miembros, es decir, 7 miembros, lo cual resultaba imposible toda vez que tan sólo habían sido elegidos 6.

A su vez, el artículo 24 de la ley 136 de 1994 establece:

*“ARTÍCULO 24. INVALIDEZ DE LAS REUNIONES. Toda reunión de miembros del Concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes”.*³

² La Corte Constitucional en sentencia C-231/95, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 30 de la ley 136 dijo: *“En la forma ya relatada, señala uno de los actores que el vocablo ‘asistentes’ contenido en el artículo 30 de la Ley 136 de 1994, vulnera los artículos 145 y 148 de la Carta Política, ya que en su criterio la mayoría de los votos que se exige constitucionalmente para la adopción de decisiones en los concejos y sus comisiones debe ser la de los ‘integrantes’ y no de los ‘asistentes’, como así aparece en la norma acusada.*

(...)

De lo anterior se desprende que el quórum decisorio debe tomarse de la mayoría de los asistentes en lo concerniente a los concejos y sus comisiones permanentes, como se predica de la norma acusada, que en esta materia no hace sino repetir el texto constitucional consignado en el artículo 146, aplicable como se ha expresado no solamente para el Congreso pleno, sus Cámaras y comisiones permanentes, sino para las demás corporaciones públicas de elección popular, como lo son los concejos municipales y distritales y sus comisiones permanentes.

Ello en nada se aparta del precepto constitucional consagrado en el artículo 145, según el cual: ‘las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente’, lo que quiere decir que las normas constitucionales mencionadas lo que determinan es que con respecto a las decisiones de las corporaciones públicas, debe tenerse en cuenta que su validez depende de que dentro de la exigencia de la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, ‘las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes’ ”. (Destaca la Sala).

³ Este artículo fue suspendido temporalmente, mediante decreto legislativo 2255 del 8 de octubre del 2002, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales otorgadas por el artículo 213 y en desarrollo de lo dispuesto en el decreto 1837 del 11 de agosto del 2002, por medio del cual se declaró el Estado de Comoción Interior en todo el territorio nacional; el que a su vez fue prorrogado por los decretos 2555 del 8 de noviembre del mismo año y 245 del 5 de febrero del 2003, este último declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-327 del 29 de abril del 2003. El citado artículo recobró su vigencia al desaparecer el Estado de Comoción.

g) El artículo 64 de la ley 136 de 1994 dice *“para la elección de concejales cada municipio formará un círculo único.”* Esta norma hace coincidir el grupo de ciudadanos representado por el concejo municipal con la circunscripción electoral por la que sus miembros son elegidos.

h) El artículo 1o. de la ley 163 de 1994 define la fecha de las elecciones para concejos, de donde claramente se desprende que se hace a una sola vuelta.

i) El título VI del Código Electoral (Decreto ley 2241 de 1986) se refiere a las votaciones y contiene el capítulo VI denominado *“convocatoria a nuevas elecciones”*, dentro del cual se encuentra el artículo 131 que a la letra dice:

“Cuando por cualquier circunstancia dejen de realizarse elecciones de concejales en algunos municipios, el gobierno departamental ... respectivo convocará a nueva elección señalando el día en que esta deba verificarse.

“De la misma manera se procederá cuando se anulen las elecciones de concejales, o llegue a faltar, absolutamente, antes del último año del período, un número tal de principales y de suplentes que no se pueda formar el quórum o mayoría suficiente para que funcione la corporación.”

j) Cabe citar el reglamento 01 de fecha 25 de julio del 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral, en desarrollo de las atribuciones conferidas en el artículo 12 del Acto Legislativo 01 del mismo año, y en él dispuso:

*“Artículo 1o. **Listas y candidatos únicos.** Para las elecciones territoriales que se realicen con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo 01 de 2003, los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica y los Movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, presentarán listas únicas para las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Juntas Administradoras Locales, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules a proveer en la respectiva corporación. En los mismos términos, deberán presentar candidatos únicos para Gobernadores y Alcaldes Distritales o Municipales”.*

*“Artículo 3o. **Inscripción de candidatos.** . . .*

En tal virtud, ningún Partido o Movimiento Político con personería jurídica, o movimiento social o grupo significativo de ciudadanos, podrá inscribir más de un candidato para el mismo cargo o más de una lista para la misma corporación”.

Es decir, cada partido debe inscribir una lista por corporación e incluir en ella el número de cargos por proveer, por que en el momento de obtener más curules que el número de candidatos inscritos, no tendrían con quien llenarlas, de conformidad con el sistema de cifra repartidora.

k) Ley 418 de 1997⁴, por medio de la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, establece en el artículo 111 –modificado por el artículo 35 de la ley 782 del 2002- una serie de posibilidades para que las asambleas departamentales y los concejos municipales puedan sesionar en caso de presentarse situaciones de grave perturbación de orden público, como se desprende de su tenor literal.

Señala la referida disposición que cuando perturbaciones del orden público impidan la inscripción de candidatos, o que los inscritos se vean en la obligación de renunciar o los elegidos no puedan asistir, los diputados o ediles, cuyo período haya concluido, pueden seguir sesionando hasta tanto se elijan y posesionen los nuevos o las ya elegidos puedan asistir, caso en el cual el quórum se establecerá teniendo en cuenta el número de personas que estén en condiciones de sesionar. En todo caso, la norma parte del supuesto de que la respectiva asamblea o concejo se encuentre conformado en su integridad, o en su defecto autoriza –transitoriamente- la permanencia de los miembros del concejo cuyo período concluyó.

Hecho este recuento, pasa la Sala a analizar la situación del caso objeto de estudio.

4. Análisis de la elección del Concejo Municipal de Algeciras

Antes de proceder al análisis concreto del caso objeto de consulta, es preciso anotar que según información suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 11 de julio del año en curso en el municipio de Algeciras se realizaron elecciones para proveer las 7 curules faltantes del Concejo municipal, previa convocatoria efectuada por el Gobernador del Departamento del Huila mediante decreto 214 del 15 de marzo del 2004.

⁴ Modificada por la ley 782 del 2002, “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999”.

Se tiene entonces que para elegir el Concejo Municipal de Algeciras se hicieron dos votaciones en días diferentes, con diferentes candidatos, propuestos por los mismos partidos o movimientos políticos, en las que participaron los mismos votantes. Para la declaración de los electos se aplicó la cifra repartidora en el primer caso sobre 6 puestos por proveer y en la segunda sobre 7.

Como se observa, este procedimiento, a criterio de la Sala, es claramente violatorio de buena parte de las reglas antes expuestas, toda vez que desfigura por completo la finalidad y el sentido de la contienda electoral.

Es claro que no hay en la legislación electoral una norma que regule qué sucede cuando el número de los candidatos inscritos sea inferior a las curules por proveer, situación de hecho que se constata en el momento del cierre de las inscripciones, lo que sucede varias semanas antes de los comicios.

En el caso del Concejo de Algeciras las autoridades electorales optaron por declarar electos los primeros 6 Concejales y luego por realizar una segunda elección para completar el número de miembros exigidos por la ley que era de 13, lo que llevó al desconocimiento de las normas legales antes expuestas.

Conceptúa la Sala que la acción legal debió ser la de no realizar la primera elección pues no se habían inscrito suficientes candidatos para proveer el número de miembros del Concejo Municipal, pero aún, efectuada la primera elección debió, repetirse ésta para elegir en un solo día la totalidad de los concejales de Algeciras, aplicando las normas citadas entre las cuales cabe mencionar las que ordenan que la elección es a una sola vuelta y en un solo día para poder garantizar los principios de igualdad del voto, de igualdad en la postulación de candidatos, la autenticidad de la representación y la legitimidad democrática de los elegidos, y aplicar por analogía el artículo 131 del Código Electoral, como pasa a explicarse.

El artículo 131 antes transcrito, regula la necesidad de convocar a nuevas elecciones en tres situaciones de hecho: cuando por cualquier causa no se realizó la elección, cuando se declaró nula, y cuando, con posterioridad a la conformación del concejo, no haya quórum suficiente para que funcione, por faltas absolutas ocurridas antes de un año de la próxima elección. La primera hipótesis es la más próxima a la situación de hecho planteada, por lo que debió aplicarse esta norma,

dado que no vulnera ninguna otra regla y no desconoce los principios básicos de la democracia. A juicio de la Sala, el haber sido elegidos 6 de 13 miembros de un Concejo equivale a que no haya habido elección, pues no se culminó con la integración del cuerpo colegiado siendo ésta la finalidad de los comicios. Se insiste en que se busca integrar una corporación y no designar unos funcionarios, tal como ha quedado expuesto.

El Sr. Ministro de Gobierno y de Justicia formuló la consulta antes de la segunda elección a la que se le dio el efecto de integrar el Concejo. Ante aquella situación la respuesta era sencilla en el sentido de que se debía proceder a convocar a nuevas elecciones como quedó dicho, pues no existía Concejo Municipal. Ante la nueva realidad, y por vía de doctrina, procede la Sala a estudiar sus efectos.

La Comisión Escrutadora Municipal declaró en dos actas diferentes (como consecuencia de los dobles comicios) elegidos los 13 concejales del municipio de Algeciras. Estas actas son actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, y su nulidad debe ser declarada judicialmente por el Tribunal Administrativo del Huila.

Es cierto que la llamada acción electoral caduca en el brevísimo término de veinte días hábiles (artículo 136 numeral 12 C.C.A.), pasado el cual no le es posible a la jurisdicción pronunciarse sobre su validez. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-781 de 1999, dijo:

“5. La caducidad en los procesos electorales

La consagración de un término de caducidad de 20 días, como el que establece la norma demandada para el caso de las acciones electorales, no resulta violatorio de la Constitución, pues (a.) responde al libre ejercicio de las funciones que la propia Carta Fundamental otorga al legislador -i.e. libertad de configuración legislativa-, y (b.) tiene la finalidad de dar certeza a actos que, como los que declaran una elección o hacen un nombramiento, no pueden quedar suspendidos indefinidamente en el tiempo, so pena de vulnerar los derechos reconocidos por la propia Carta Política a los aspirantes a ocupar un cargo o a los funcionarios ya electos (artículo 40 inciso 1 y numeral 1), y las garantías de la comunidad, expresadas en la aspiración a gozar de un sistema administrativo, legislativo y judicial -i.e. un orden político- estables, en clara concordancia con el principio de seguridad jurídica.

(a.) Por una parte, resulta claro que en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C.P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces, que como consecuencia de esta facultad, se puedan

fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos. Al respecto ha dicho este Tribunal:

<Encuentra la Corte que al establecer términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas de restablecimiento del derecho [entre otras], el legislador ejerció las competencias que le ha entregado la Constitución Política, sin desconocer el derecho de acceso a la administración de justicia, ni ninguno otro de la Carta.>⁵

(b.) De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual, ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte:

<La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos...>

<... Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.>⁶

Es también claro que como sustento de la presunción de legalidad de los actos administrativos y de la existencia de la caducidad de las acciones contencioso administrativas se encuentra la seguridad jurídica, entendiéndose que es un valor o principio fundamental que irriga el derecho, de tal suerte que ante situaciones jurídicas que han permanecido en el tiempo sin que los interesados pidieren su revisión judicial por haber tenido un nacimiento espurio, el derecho ordena que continúen, pues se generan menos daños a la sociedad con el mantenimiento de tal situación, que con una tardía declaración de nulidad. Esta es la razón de ser de las caducidades en materia administrativa y obviamente lo es en cuestiones electorales.

En consecuencia, prima la presunción de legalidad de tales actos administrativos y no puede la Sala entrar a declarar o conceptuar sobre su validez, por lo que se desprende que el Concejo Municipal de Algeciras está plenamente constituido y en uso de sus funciones.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C 351 de 1.994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 574 de 1.998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Se pregunta igualmente en la consulta por la validez de las decisiones adoptadas por el Concejo Municipal de Algeciras, durante el tiempo que estaba constituido por seis miembros y se plantea la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en contra de las mismas.

Estima la Sala que esta primera elección adolece de un defecto constitucional de tal orden que equivale a la inexistencia de la Corporación según se ha expuesto, pues no se produjo una verdadera representación popular, ya que ésta se integraba por los 13 miembros elegidos que en su conjunto representaban al pueblo del municipio. Al no existir cuerpo como tal, no es posible siquiera dar aplicación al artículo 24 de la ley 136 de 1994, pues esta norma supone que las reuniones se realicen por “miembros del Concejo”. Y al no haber Concejo, no puede aplicarse.

Al no existir Concejo Municipal, las manifestaciones de los miembros que dijeron reunirse bajo el amparo de sus credenciales y a manera de corporación, carecen también de existencia legal, por lo que a ellos se les puede aplicar la siguiente doctrina del Consejo de Estado, a saber:

“El acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente este no puede existir. Pero si sólo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa.”⁷

Sobre el particular también ha dicho el Consejo de Estado:

“El uso de la nomenclatura de <acto inexistente> quiere indicar que es emitido sin <sombra de competencia> es de tal modo nulo que carece de fuerza ejecutoria, y ni siquiera puede reconocérsele la presunción de legalidad que en principio los doctrinantes atribuyen a todo acto administrativo.”⁸

Si bien con la sola respuesta anterior, la Sala quedaría exonerada de hacer mas comentarios, considera conveniente, por vía de doctrina, distinguir dos fenómenos jurídicos, *la excepción de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas*, tengan o no carácter de leyes, y *la inexistencia o nulidad de los actos administrativos*. De acuerdo con el artículo 4º de la Constitución Política, la excepción de

⁷ Caceta del Consejo de Estado, 1986, págs. 279 a 280.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia del 15 de febrero de 1983. Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar.

inconstitucionalidad procede contra las leyes u otra norma jurídica, pero no contra los actos administrativos de contenido particular (no reglamentario). La excepción de inconstitucionalidad es un medio de defensa por el cual se pide la inaplicación de cierta norma por ser contraria a la Constitución Política. Los actos administrativos de contenido particular y concreto generan situaciones jurídicas determinadas a ciertos sujetos y bajo las circunstancias que en ellos se mencionan. Los actos administrativos de contenido particular se ejecutan no se aplican, como ocurre con las normas jurídicas. En relación con este tema, la Corte Constitucional en sentencia C 512 de 1997. ha dicho:

“Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular”.

Ahora bien, la consulta solicita a la Sala conceptuar sobre si los elegidos en la primera elección, y hasta tanto se integró el Concejo en la segunda, tienen derecho al pago de honorarios por la asistencia a las sesiones. La lógica indica que si no ha existido concejo, mal puede pagarse honorarios por su funcionamiento.

SE RESPONDE:

1, 3 y 4. De lo expuesto en la parte motiva de la consulta, la Sala concluye que el Concejo elegido el 26 de octubre del 2003 no estaba constitucionalmente conformado, toda vez que al tenor del artículo 312 superior y del 21 de la ley 136 de 1994, para su integración se requiere un mínimo de trece miembros.

En consecuencia, al no darse los supuestos constitucionales y legales necesarios para la integración del concejo municipal de Algeciras, las reuniones realizadas por los 6 concejales electos, al no representar al pueblo de Algeciras no produjeron ningún efecto. Por esta misma razón, no se pueden pagar honorarios a quienes actuaron en ellas.

2. En el caso de los seis primeros concejales elegidos para el municipio de Algeciras, no era procedente dar aplicación analógica al artículo 35 de la ley 782 del 2002, por no darse el supuesto básico de la norma, esto es, que la asamblea o concejo se encontrare conformado en su integridad, tal como se expuso en la parte motiva de la consulta.

5. Por sustracción de materia no se responde esta pregunta, toda vez que el 11 de julio el año en curso se realizaron las correspondientes elecciones para proveer las 7 curules faltantes.

Transcríbese al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

GLORIA DUQUE HERNÁNDEZ

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala