

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010)

Expediente: **110010328000200900051-00**
Demandantes: **Pedro Felipe Gutiérrez Sierra**
Demandado: **Consejo Nacional Electoral**
Asunto: **Nulidad Acto de Contenido Electoral**

Agotados los trámites propios del proceso ordinario, dicta la Sala sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Pretensión

Con la demanda se pide declarar:

“Que es nulo el acto administrativo No.0730 (sic) de agosto 25 de 2009, expedido por el Consejo Nacional Electoral, que regula la conformación de la lista de conjueces, la remuneración, la creación de un tribunal paralelo en el evento en que no pueda tomar decisión sobre un asunto si

no se obtienen los votos necesarios, y la oportunidad en que entran en vigencia las decisiones del Consejo de conjuces.”

2.- Fundamentos Fácticos

Cita la parte demandante la expedición del acto acusado y su objeto, tal como se plasmó en la transcripción anterior.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Como normas infringidas cita los artículos 29, 264 y 265 (mod. A.L. 01/2009 art. 12) de la Constitución Política, 44 y 62 del Código Contencioso Administrativo, y 20 del Código Electoral. Las razones de la infracción son distribuidas por el actor en los siguientes acápites:

1.- Falta de competencia del Consejo Nacional Electoral para la creación de un tribunal paralelo que asuma las funciones de máxima autoridad administrativa electoral: Señaló el accionante que dicha corporación “...entendió que con la facultad de darse su propio reglamento podía crear un tribunal paralelo, que lo sustituyera en sus funciones en el evento en que no pudiera decidir un asunto por no alcanzar los votos necesarios para ello.”. Agrega que al integrarse esa Corporación por nueve (9) miembros, las deliberaciones y la toma de decisiones legal y constitucionalmente asignadas se rigen por el quórum establecido en el artículo 20 del Código Electoral, es decir la mitad más uno y las dos terceras (2/3) partes respectivamente, lo cual resulta afectado al autorizar la conformación de un tribunal paralelo, compuesto por 3 conjuces que puede decidir con las 2/3 partes,

esto es con 2 de ellos, impidiéndose así que los Magistrados titulares participen en la toma de decisiones, cuando al menos 6 de ellos deben estar presente.

2.- El Consejo Nacional Electoral en la resolución que se demanda faculta al tribunal electoral paralelo, compuesto por 3 conjueces, para que la decisión adquiera fuerza ejecutoria con la simple firma de quienes la adopten: Cuestiona el actor igualmente el artículo 4 de la Resolución No. 0730 de agosto 25 de 2009, en cuanto dispone que la decisión adoptada por los conjueces “...se pondrá en vigencia con sus firmas.”, porque en su opinión y según el alcance del debido proceso, antes de ello “...debe ser puesta en conocimiento del administrado que resulte afectado con ella, a fin de que si lo estima a bien ejerza los mecanismos de defensa.”. Tras citar literalmente el artículo 44 del C.C.A., agrega que la administración está obligada a hacer lo necesario para notificar personalmente a los particulares afectados con sus decisiones y que sólo ante su imposibilidad podrá acudir a mecanismos supletorios.

También cita el artículo 62 ibídem, resaltando sus numerales 2 y 3, expresando que los actos administrativos del Consejo Nacional Electoral no pueden adquirir firmeza con la sola firma de los conjueces, porque así desconoce el derecho de los administrados a interponer recursos y desde luego el derecho al debido proceso.

4.- Suspensión Provisional

Con la demanda se pidió la suspensión provisional del acto demandado, lo cual fue negado por la Sala con auto del 29 de enero de 2010, en el que igualmente se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso.

II.- LA CONTESTACIÓN

Por conducto de abogado titulado el Consejo pidió denegar las pretensiones de la demanda y admitió como parcialmente cierto su único hecho, salvo en cuanto afirma la creación de un tribunal paralelo. En cuanto al primer cargo, relativo a la creación de dicho tribunal, el libelista citó una definición jurisprudencial de la figura del conjuer, así como el tratamiento que se le da a la misma en los artículos 99, 99A, 100, 101 y 102 del C.C.A., en el artículo 36 del Acuerdo 058 de 1999 ó Reglamento del Consejo de Estado, en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto Ley 1265 de 1970, y los artículos 54 y 61 de la Ley 270 de 1996, para luego señalar que según el numeral 12 del artículo 265 Constitucional el Consejo tiene la facultad de darse su propio reglamento, la cual ejerció para la expedición de la Resolución 730 de 2009, como desarrollo, además, de su carácter autónomo.

Precisa luego, que según la Resolución 65 de 1996 ó Reglamento del Consejo Nacional Electoral, las decisiones deben adoptarse con las 2/3 partes de sus 9 integrantes, esto es con 6 miembros, pero que si tal número no se consigue bien pueden acudir a la figura del conjuer para poder decidir. Que la norma acusada no da lugar a la creación de un tribunal paralelo, puesto que en esos eventos “...*la decisión le corresponde al conjuer,...*”, a quien se le inviste de la facultad para participar en la decisión.

Frente al segundo cargo, alusivo a la vigencia de las decisiones asumidas por los conjueres, recuerda que por virtud de lo dispuesto en los artículos 209 Superior y 3 del C.C.A., las decisiones administrativas debe ser públicas y pasibles de control por medio de los recursos, aspecto que de omitirse no afecta la legalidad de la actuación administrativa. Agrega que la jurisprudencia constitucional es del mismo parecer porque la inserción de los actos administrativos de contenido general en el Diario Oficial tiene por fin garantizar el derecho a la impugnación, así como establecer la fecha de entrada en vigencia.

Posteriormente transcribió lo establecido en los artículos 2 de la Ley 57 de 1985, 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, 119 de la Ley 489 de 1998 y 61 de la Ley 4 de 1913, para concluir diciendo:

“En ese orden de ideas, de conformidad con la legislación vigente, para que un acto de carácter general sea obligatorio respecto de todas las personas, es necesaria su publicación en el Diario Oficial y su vigencia se cuenta desde el mismo día de su publicación.

Finalmente, en el caso particular, teniendo en cuenta que la Resolución 730 de agosto 25 de 2009 fue publicada el día 7 de septiembre de 2009 en el Diario Oficial Gaceta Ed 47465 en la Sección Varios, no debe prosperar la solicitud de nulidad deprecada.”

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Solamente se pronunció sobre el particular el apoderado judicial designado por el Consejo Nacional Electoral, quien solamente reprodujo los argumentos dados al contestar la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En su concepto el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado recomendó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en razones que la Sala sintetiza así:

En cuanto a la Falta de Competencia del Consejo Nacional Electoral para conformar un Tribunal Paralelo que Asuma sus Funciones, señala el agente del Ministerio Público que la definición que trae la doctrina de la figura del conjuer es eminentemente subjetiva, porque su actuación se requiere cuando un miembro de la corporación es recusado o se declara impedido, pudiendo ocurrir que el impedimento sea expresado por todos sus miembros, evento en el cual se presenta una sustitución total *“sin que ello comporte la variación de juez natural”*, como por ejemplo ocurrió en esta Sección cuando debieron ser conjueres quienes resolvieron la demanda de nulidad impetrada contra la elección del Dr. Antonio Hernández Gamarra como Contralor General de la República.

Señala luego la existencia de un elemento objetivo, alusivo a *“la votación que se requiere para que sea validamente aprobada la decisión”*. Tras recordar el quórum requerido para decidir al interior de esta Sección, señala que en el Consejo Nacional Electoral deben designarse conjueres si no se alcanza la mayoría requerida (2/3 partes) o si se presenta empate, lo cual es necesario para que no se queden sin definición los asuntos sometidos a su decisión.

Seguidamente afirma que lo dispuesto en el artículo 21 del Código Electoral perdió vigencia por las recientes reformas constitucionales, texto que se ajustaba a lo dispuesto en los originales artículos 120 y 264 de la Constitución. Precisa que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2003, modificadorio del último de los artículos, el número de integrantes del Consejo Nacional Electoral se elevó a 9, ya no serían elegidos por esta Corporación sino por el Congreso de la República, mediante el sistema de la cifra repartidora, y pasaron a ser servidores públicos de dedicación exclusiva.

De igual forma arguyó que según la reforma realizada con el Acto Legislativo 01 de 2009 (art. 265 C.P.), el Consejo Nacional Electoral fue dotado de autonomía administrativa, lo cual, según el numeral 13 del citado artículo, le permite darse su

propio reglamento. Esa capacidad de reglamentación, dice el colaborador fiscal, fue incluso reconocida por la Corte Constitucional en su sentencia C-1081 de 2005, y las normas que así expida son de naturaleza operativa y administrativa, sin que impliquen *“la creación de una nueva corporación o el desconocimiento del régimen legal de las decisiones”*, de modo que la presencia de los conjuces se justifica para adoptar decisiones en las que se presentan empates o cuando no se obtiene la mayoría requerida. Por lo dicho, considera que el cargo examinado no prospera.

Frente al cargo relacionado con la habilitación que da el Consejo Nacional Electoral al tribunal paralelo para que sus decisiones tengan fuerza ejecutoria con la sola firma de la decisión, dice el Procurador Delegado que el accionante confundió la publicidad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, porque:

“...uno y otro términos se refieren a situaciones disímiles, el primero a la posibilidad de que los particulares en general y el interesado en particular en una actuación administrativa conozca la decisión y con base en ese conocimiento la pueda controvertir interponiendo los recursos que sean pertinentes y el segundo al cumplimiento de la misma por la administración de manera directa y sin intervención judicial.”

Luego de citar apartes de la sentencia dictada por esta Sección el 6 de agosto de 2009 (Expediente: 2009-0005-00), concluyó la vista fiscal que el cargo no tenía vocación de prosperidad, según estas apreciaciones:

“En el caso sub examine la omisión que se hace en el acto acusado referida con la ejecutoria de la decisión sin atender a la notificación, comunicación o publicidad de la misma es vicio que no afecta al acto acusado, se trata de una aparente ilegalidad y afecta la decisión que se tome con fundamento y aplicación literal de lo señalado en el acto acusado; la omisión que se advierte no hace anulable la Resolución número 0730 de 2009, pero es claro que la decisión que se tome sin observancia de la publicidad no será eficaz, por cuanto es claro que, solo (sic) a partir de la publicación y comunicación de la decisión administrativa se entiende que se surten todos sus efectos, no es como lo señala la norma acusada a partir de su ejecutoria, que se entiende se

sucede al tenor de lo señalado en la parte final del artículo cuarto con 'sus firmas'.

.....

Para esta Delegada, esta omisión del reglamento, al no referirse a la publicidad del acto o decisión de los conjuces, no lo hace anulable y en ese entendido solicita de la H. Corporación desestime la pretensión de nulidad fundada en este argumento.”

V.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda se admitió por la Sala con auto del 29 de enero de 2010, en el que además de ordenarse las notificaciones del caso, se negó la suspensión provisional del acto acusado. Realizadas las notificaciones y dentro del término legal, el apoderado designado por el Consejo Nacional Electoral contestó la demanda en los términos indicados. Luego se dictó el auto del 15 de marzo de 2010, teniendo como pruebas las aportadas, sin que se decretara la práctica de prueba alguna porque las partes no formularon petición al respecto. En firme la providencia anterior, se dictó el auto del 24 de marzo siguiente, ordenando correr traslado para alegar por el término común de 5 días, y entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo dentro del término legal de 10 días; cumplido lo uno y lo otro, ingresó el proceso al Despacho para dictar sentencia de única instancia, la cual resulta viable porque no se evidencia la existencia de vicios procesales generadores de nulidad y porque se agotaron las fases del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción de nulidad contra actos de contenido electoral, en única instancia, está fijada por lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 art. 2 y por la Ley 446 de 1998 artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto Acusado

Con la copia auténtica de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 “*Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral*”, expedida por dicho organismo, se acreditó en el proceso el acto acusado, el cual dispuso en la parte demandada:

“ARTÍCULO CUARTO: Cuando al momento de decidir, en la Sala del Consejo Nacional Electoral se presenten empates, o sobre un asunto no se haya obtenido el número de votos necesarios para adoptar decisión, la Corporación sorteará tres (3) Conjueces a quienes se les asignará el asunto correspondiente, tomarán posesión de sus cargos en legal forma ante el Presidente de la Corporación y procederán a tomar la correspondiente decisión que se pondrá en vigencia con sus firmas.”¹

3.- Cuestiones Previas

Para la Sala resulta necesario que antes de examinar los cargos de la demanda se dediquen dos acápites a tratar asuntos que por su importancia no pueden pasarse por alto, como son la naturaleza jurídica del acto aquí demandado, así como la extensión del objeto de esta acción.

¹ Folios 12 y 13 C.1.

3.1.- Naturaleza jurídica del acto demandado:

En materia electoral el Código Contencioso Administrativo alude a los actos de elección o de nombramiento, como pasibles de la acción electoral prevista como un procedimiento especial en el Capítulo IV del Título XXVI de esa obra, pues frente a ellos se cuenta con una referencia expresa en sus artículos 128.3 (Mod. Dto. 597/1988 art. 2 y Ley 446/1998 art. 36), 132.8 (Mod. Dto. 597/1988 art. 2 y Ley 446/1998 art. 40), 134B.9 (Adicionado Ley 446/1998 art. 42), 136.12 (Mod. Dto. 2304/1989 art. 23 y Ley 446 de 1998 art. 44) y 229. Así, los actos de elección, popular o no, y los de nombramiento, son los que de ordinario se conocen como “*actos electorales*”, en virtud a que a través suyo la sociedad o la administración pública en general, según sea el caso, asume la decisión de elegir a sus dignatarios o designar a sus servidores públicos.

Sin embargo, la competencia de esta Sección no se agota con el proceso electoral indicado, pues la Sala Plena identificó y asignó a esta Sección el conocimiento de otros procesos que relativos a asuntos electorales, recaen sobre los denominados “*actos de contenido electoral*”. Así lo advierte la Sala al consultar el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, ya que allí se determinó que la Sección Quinta conocería, entre otros procesos, de los siguientes:

- “1.- *Los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral.*
- 2.- *Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral.*
- 3.- *Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos. (...)*” (Negrillas de la Sala)

La distinción efectuada normativamente por la Plenaria del Consejo de Estado se explica por un criterio material, puesto que si bien aquéllos actos difieren de los

actos de elección o de nombramiento, guardan una estrecha relación con los mismos, dado que de ordinario los actos de contenido electoral se expiden para allanar el camino requerido para culminar en la declaración de una elección o en la designación de un servidor público. Es decir, se trata de actos de carácter general mediante los cuales se implementa un procedimiento o se fijan unos pasos a desarrollar para que la respectiva autoridad, salvaguardando el debido proceso, pueda proveer en conformidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección tiene dicho:

“Por el contrario, los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral, no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa de elección o de nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa estirpe, bien porque lo revoque, modifique o sujete a alguna condición que antes no tenía, es decir que el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene alguna incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral.

Con todo, el acto de contenido electoral no se agota en la anterior clasificación, pues bajo la premisa de que esa naturaleza se la confiere su proximidad jurídica con un acto de elección o de nombramiento, también resulta válido afirmar que dentro de ese catálogo se incluyen los actos administrativos de carácter general por medio de los cuales la administración pública regula o reglamenta un proceso de elección o de nombramiento,...”²

Ahora bien, como el acto demandado, esto es la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 se ocupó de “...establece[r] el régimen de Conjuces en el Consejo Nacional Electoral”, considera la Sala que se trata de un “acto de contenido electoral”, pues con él esa entidad fijó las pautas necesarias para que los Conjuces pudieran colaborar en la toma de decisiones administrativas, siempre que no se

² Sentencia del 9 de octubre de 2008. Expediente: 11001032800020080008-00. Actor: Dr. Orlando Duque Quiroga. Demandado: Congreso de la República.

contara con el quórum mínimo requerido. Además, por su misma naturaleza, la acción pertinente no sería la referida al proceso especial electoral, sino que sigue, como aquí se hizo, la cuerda del proceso ordinario establecido en el Título XXIV del Código Contencioso Administrativo.

2.- Extensión del objeto de la acción:

Deja en claro la Sala, que si bien el actor, en el acápite de pretensiones, solicitó la nulidad de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 “*Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral*”, frente a los temas que allí se indican, con la demanda solamente se censuró lo relativo al número de conjueces que se designarán para dirimir los empates u obtener el número de votos necesarios para adoptar decisión, así como el momento a partir del cual se entiende vigente la decisión por ellos asumida.

Esto indica a la Sala que su objeto de estudio se centrará en tales elementos del artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, sin comprender por supuesto, lo atinente a “*la remuneración*”, que si bien figura incluida en la pretensión única y se integra al artículo 3º de este acto administrativo, ningún cargo se precisó y desarrolló en torno a la posible violación del ordenamiento jurídico con su reglamentación. No basta citar un aparte de una disposición administrativa para que el operador jurídico quede obligado a practicarle examen de legalidad, ya que para ello es necesario, como lo informa el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., que la parte demandante precise las normas violadas y explique en qué forma resultaron violadas con el acto acusado; realizar ese estudio, sin el previo cumplimiento de ese deber procesal, conduce inexorablemente a violarle a la parte demandada su derecho fundamental al debido proceso, en cuanto a la defensa y la contradicción, por la imposibilidad que tendría de refutar cualquier reparo de ilegalidad que se determinara en el fallo correspondiente.

Ahora, según los resultados que arroje el estudio de legalidad que practique la Sala a las partes pertinentes del artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, así mismo será la decisión de conservar o no, la integridad del mismo. Esto, porque de resultar ilegales las expresiones acusadas, tendrá la Sala que determinar si lo restante del precepto puede operar por sí mismo, para los fines que fue concebido, o si por el contrario la orden de exclusión del ordenamiento jurídico debe recaer sobre la plenitud del articulado.

4.- Los Cargos de la Demanda

3.1.- *“Falta de competencia del Consejo Nacional Electoral para la creación de un tribunal paralelo que asuma las funciones de máxima autoridad administrativa electoral”*

Puntualmente señala el demandante que el artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 *“Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral”*, es ilegal porque allí se autorizó la integración de un *“tribunal paralelo”*, conformado por tres conjueces, quienes actuarían y decidirían en forma autónoma a los miembros del Consejo Nacional Electoral, cuando se presentara empate entre los mismos o no se alcanzara la mayoría requerida para adoptar una decisión. Explicó que siendo 9 los miembros de esa Corporación, lo prescrito en el artículo 20 del Código Electoral, atinente al quórum deliberatorio ($\frac{1}{2}+1$) y al quórum decisorio ($\frac{2}{3}$ partes), dejaba de acatarse con esa regulación, en virtud a que con 3 conjueces cualquier decisión podría asumirse con apenas 2 votos.

La entidad demandada salió en defensa de la legalidad del precepto acusado, aduciendo que según el numeral 12 del artículo 265 Constitucional el Consejo

Nacional Electoral tiene la facultad de darse su propio reglamento, siendo ello lo que precisamente hizo en este caso.

Pues bien, para determinar si el acto acusado es ilegal o no, la Sala tocará temas como (i) la facultad reglamentaria de la administración pública, (ii) la forma como el legislador ha regulado la institución del conjuer para otras actividades públicas, para finalmente descender al (iii) caso concreto.

1.- Facultad Reglamentaria de la Administración Pública:

En la Constitución Política de 1991 se dispuso claramente que fuera el Congreso de la República el órgano encargado de determinar la estructura de la administración nacional y de expedir las leyes regulatorias del ejercicio de las funciones públicas, para lo cual se expedirían las leyes que fueran necesarias (Art. 150 numerales 7 y 23). Sin embargo, desarrollando el postulado de la colaboración armónica de los órganos del Estado (Art. 113 C.P.), reconoció el mismo constituyente que dada la generalidad que usualmente caracteriza a las Leyes, fuera el Presidente de la República la autoridad que, en principio, se encargara de reglamentar o de llenar de contenido las disposiciones legislativas, para lo cual le reconoció, en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa del Estado, la Potestad Reglamentaria, así concebida en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, al precisar que a él le compete *“Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”* (Negrillas de la Sala).

Fácilmente se advierte que el constituyente, si bien reconoció al Presidente de la República, lo hizo para cumplir un claro cometido, consistente en que lo ordenado por el legislador se materializara. Además de que ello habla por sí mismo de las propiedades de abstracción y generalidad que tienen las leyes, también revela que la intervención del Presidente de la República es para hacer que la ley sea

materialmente aplicable, haciéndose necesario, entonces, que su desarrollo mediante la Potestad Reglamentaria no sólo llene de detalles y precisión lo dispuesto por el legislador, sino que también, y es quizás lo más importante, se haga sin invadir las competencias del legislativo, en quien reside la soberanía legislativa.

Para que ello no ocurra, se ha exigido por la doctrina constitucional que en los referentes legislativos, objeto de reglamentación, se dejen sentados los parámetros mínimos de la materia a regular, de modo que la Potestad Reglamentaria se ejerza dentro de precisos límites, cerrando la posibilidad a que sea el Presidente de la República quien, so pretexto de ejercer sus competencias constitucionales, termine ocupándose de materias reservadas al legislador.

Ahora bien, muy similar a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, es la Facultad Reglamentaria que desde la misma Constitución se reconoce a determinados órganos o autoridades públicas. Esa facultad de reglamentación, además de responder a la misma teleología, esto es a la necesidad de procurar la efectiva realización de la ley, entendida en sentido material, también se rige por el mismo esquema de restricciones, entre las que se cuentan la imposibilidad de ocuparse de asuntos que tengan reserva legal, o de desbordar los precisos límites que le ha debido fijar el legislador. Sobre lo último ha sido clara la Doctrina Constitucional en señalar que “...un elemento esencial para que se pueda ejercer la facultad reglamentaria es la de la preexistencia de un contenido material legislativo que sirva de base para el ejercicio de dicho potestad...”³.

Así, el constituyente o el legislador, según sea el caso, cuando entrega a cualquier órgano del Estado la facultad de reglamentar cierta materia, debe hacerlo con la previa determinación de un contenido normativo mínimo, que desde luego servirá

³ Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2003.

de punto de referencia para que la entidad habilitada expida la reglamentación correspondiente, que permitirá llenar de contenido la materia en cuestión, así como para que esa decisión administrativa pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo, en caso de que sobre el acto administrativo respectivo se interponga la acción pública de nulidad.

Para la Corte Constitucional el ejercicio de Facultades Reglamentarias por parte de la administración, resulta viable en la medida que “...las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho...”⁴. No es admisible, por tanto, que la reglamentación que pueda llegar a expedir una autoridad pública, se haga por fuera del marco normativo que le sirve de punto de referencia, y mucho menos que pueda llevarse a cabo con detrimento de la división de poderes acogida por la Constitución Política de 1991, de modo que la reglamentación termine cobijando materias ajenas a aquella para la que fue habilitado el órgano respectivo, o incluso contrariando los parámetros jurídicos establecidos en normas de rango superior.

El Consejo Nacional Electoral es uno de los órganos que fue habilitado directamente por el constituyente para autorregularse. En el artículo 265 Constitucional, además de precisarse las funciones a cargo de esta entidad de la Organización Electoral, se le permitió “*Darse su propio reglamento*” (num. 11), lo cual aparece reiterado, incluso antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, por el Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 “*Por el cual se adopta el Código Electoral*”, que sobre las funciones a desarrollar por dicha entidad previó: “*Expedir su propio reglamento de trabajo*” (Art. 12 num. 10).

⁴ Sentencia C-265 de 2002.

Ese poder de reglamentación que recibió el Consejo Nacional Electoral debe desarrollarse tomando en cuenta los siguientes parámetros de orden Constitucional y legal:

En primer lugar, lo dispuesto en el artículo 264 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003 artículo 14, que determinó que el Consejo Nacional Electoral se compone de 9 miembros, los cuales serían elegidos mediante el sistema de cifra repartidora por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de 4 años, previa postulación que al efecto hicieran los partidos o movimientos políticos con personería jurídica. Se determinó que tendrían la calidad de servidores públicos de dedicación exclusiva, contando con las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo posible su reelección por una sola vez.

En segundo lugar, lo normado en el artículo 265⁵ Constitucional, donde se consagran las atribuciones especiales a cumplir por ese organismo, entre las que se cuenta, como ya se dijo, la de expedir su propio reglamento.

⁵ Esta disposición establece: “El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

1. *Ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral.*
2. *<Tácitamente derogado> Elegir y remover al Registrador Nacional del Estado Civil.*
3. *Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes.*
4. *Servir de cuerpo consultivo del Gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto.*
5. *Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la*

Y, en tercer lugar, las normas pertinentes del Capítulo II del Código Electoral, que no hayan sido tácitamente derogadas por el Acto Legislativo 01 de 2003⁶, destacándose entre ellas el artículo 20 que sobre quórum deliberatorio y decisorio dice:

“Artículo 20.- En las reuniones del Consejo Nacional Electoral el quórum para deliberar será el de la mitad más uno de los miembros que integran la corporación, y las decisiones en todos los casos se adoptarán por las dos terceras partes de los integrantes de la misma.”

De acuerdo con la disposición anterior, el Consejo Nacional Electoral solamente podrá entrar a deliberar cuando se reúnan la mitad más uno de sus integrantes, de modo que compuesto por 9 personas, ello será viable cuando se reúnan al menos 5

oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

6. Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, establezca la ley.

7. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar.

8. Reconocer la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.

9. Reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado.

10. Colaborar para la realización de consultas internas de los partidos y movimientos para la escogencia de sus candidatos.

11. Darse su propio reglamento.

12. Las demás que le confiera la ley.”

⁶ En opinión de la Sala, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003 – Reforma Política, fueron tácitamente derogados los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 25 del Código Electoral, puesto que su composición, forma de elección, órgano a cargo de ello y la naturaleza jurídica del empleo, fueron regulados de manera distinta en esa enmienda constitucional.

de ellos⁷. Y el quórum decisorio será “*en todos los casos*” equivalente a las dos terceras partes de los miembros de la entidad, valga decir que las decisiones sólo se pueden adoptar con un mínimo de 6 votos.

2.- De los Conjueces:

La institución del Conjuez, que se define como “*Juez juntamente con otro en un mismo negocio*”⁸, figura tácitamente consagrada en el artículo 116 de la Constitución, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2002, al decir que “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia...*”. Corresponde a una de las formas permitidas por el constituyente para que los particulares se vinculen, de manera temporal o para un negocio respectivo, a la función de administrar justicia, ya que dichos colaboradores de la administración de justicia entran a actuar, regularmente, en cuerpos colegiados cuando alguno de los Magistrados titulares no puede hacerlo por el deber que tiene de separarse del conocimiento de un asunto, cuando se ha declarado impedido o cuando frente a él ha prosperado una recusación, e igualmente se necesita su presencia cuando por las circunstancias de la votación respectiva ninguna de las posiciones sometidas a consideración obtiene la mayoría requerida.

⁷ La forma de calcular esta cifra, cuando la corporación está integrada por un número impar, como es el caso del Consejo Nacional Electoral, ya fue decantada por la jurisprudencia de la Sección, quien al efecto ha dicho: “1. Las normas señaladas como directamente infringidas en la demanda determinan claramente que para la validez de las decisiones que adopten las corporaciones públicas se exige la asistencia de la mayoría de los miembros que las integran y el voto de la mayoría de los asistentes, entendiéndose por mayoría, cuando estén integradas por un número impar de miembros, la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de integrantes mas uno.” (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Expediente: 2427. Actor: José Antonio Capacho García. Demandado: Secretario Concejo Municipal de California – Santander. Criterio adoptado por esta Corporación según sentencias del 23 de noviembre de 1977, Consejero Ponente Carlos Galindo Pinilla, del 25 de octubre de 1983, Consejero Ponente Eduardo Suescún Monroy, y del 31 de agosto de 1988, Consejero Ponente Miguel González Rodríguez.).

⁸ Diccionario de la Real Academia Española.

Basta citar algunos ejemplos normativos para determinar la forma y el propósito perseguido con los Conjueces.

En el Decreto Ley 1265 del 28 de julio de 1970 “*Por el cual se expide el estatuto orgánico de la administración de justicia*”, se dispuso sobre Conjueces:

*“Artículo 11.- ... Cuando un conjuer **reemplace** al Magistrado ponente, el Magistrado que siga en turno al impedido o recusado hará sus veces; **pero si del asunto conocen únicamente conjueces**, el ponente será uno de estos, escogido a la suerte.*”

*Las providencias que profieran las salas requieren mayoría absoluta de votos y serán suscritas por **todos los Magistrados y Conjueces** que concurren a dictarlas, aun por aquellos que hayan disentido. El disidente deberá salvar su voto dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia, pero su retardo no impide la notificación de esta y la prosecución del trámite.”*

“Artículo 16.- La elección y el sorteo de los conjueces se sujetarán a las siguientes reglas:

*1.- En el mes de diciembre de cada año, las salas de las corporaciones judiciales **formarán una lista de conjueces en número doble al de los Magistrados que las integran.** (...).*

*2. **Los conjueces reemplazarán a los Magistrados que queden separados del conocimiento de un negocio por impedimento o recusación;** pero si se trata de Tribunales Superiores, se llamará por turno a otro de los Magistrados de la sala respectiva, para que integren*

la de decisión, y solo en defecto de ellos se sortearán los conjuces necesarios. En caso de empate en la Corte, se hará sorteo de conjuce para dirimirlo. De la misma manera se procederá en los Tribunales cuando no pueda obtenerse la mayoría con intervención de otro Magistrado de la Sala. (...)" (Negrillas de la Sala)

En el Código Contencioso Administrativo se reguló la materia así:

"Artículo 99.- Conjuces. Para ser Conjuce se requerirán las mismas calidades que para ser Consejero de Estado, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Los Conjuces llenarán las faltas de los Consejeros por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en las Salas Plenas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil e intervendrán en las mismas, para completar la mayoría decisoria, cuando ésta no se hubiere logrado.

La elección y el sorteo de los conjuces se hará por la Sala de Consulta y Servicio Civil y por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y se regirán por lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto Ley 1265 de 1970."

"Artículo 102.- Quórum de otras decisiones. Toda decisión de carácter jurisdiccional o no, diferente de la indicada en el artículo anterior, que tome el Consejo de Estado o cualquiera de sus Salas o secciones requiere el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

Si en la votación no se lograre la mayoría absoluta, se repetirá aquella, y si tampoco se obtuviere, se procederá al sorteo de Conjuce o

Conjueces, según el caso, para dirimir el empate o para conseguir tal mayoría.

Los empates en las secciones serán dirimidos conforme a lo dispuesto por el artículo 97, numeral 1o., de este Código.” (Destaca la Sala)

Y, en la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia-, sobre Conjueces se prescribió:

“Artículo 54.- Quórum deliberatorio y decisorio... Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo, disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso, **para completar ésta se acudirá a la designación de conjueces.**” (Negrillas no son del original)

Las normas anteriores, si bien han sido dictadas para regular la actuación de los Conjueces en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, permiten formarse una idea de la lógica con que el legislador ha implementado esa institución, que por supuesto sirve de alguna manera para juzgar la legalidad del acto acusado, de marcada naturaleza administrativa, como sin duda lo es la función pública que el constituyente le encomendó al Consejo Nacional Electoral.

Pues bien, la citada normatividad deja en claro que, en temas jurisdiccionales, la figura del Conjuez aplica frente a dos eventualidades. Una, para dirimir los empates que puedan presentarse al interior de la corporación, cuando quiera que las votaciones se repartan por igual en torno a determinado asunto, unos a favor del mismo y otros en su contra; y otra, para evitar que el quórum decisorio resulte afectado por la ausencia de aquellos funcionarios que han debido separarse del

conocimiento del asunto, bien por impedimento o ya por recusación debidamente declarada.

En el último caso, el Conjuez además de reemplazar al Magistrado que se separa del conocimiento del negocio, sirve para conservar el quórum decisorio, o como lo dice el propio legislador, permite “*completar*” el número de funcionarios que deben participar en determinada decisión. Por lo mismo, bajo este sistema de reemplazos sólo es posible contar exclusivamente con Conjueces cuando todos los integrantes de una determinada Corporación judicial han debido separarse del conocimiento de un proceso por razones de impedimento o recusación.

Con todo, es preciso que la Sala aclare en torno a la figura del Conjuez dos aspectos. En primer lugar, que pese a que su origen en el ordenamiento jurídico interno ha estado ligado a la expedición de una ley de la república, bien por el legislador ordinario o ya por el legislador extraordinario, ello no se constituye en óbice para que, como en el sub lite, el Consejo Nacional Electoral decida acudir a esa institución para ajustar el quórum decisorio en aquellos eventos en que resulte insuficiente por razones de impedimentos o recusaciones formalmente aceptados frente a sus miembros; como ya se dijo en precedencia, la facultad reglamentaria de ese organismo, con asiento directo en la Constitución Política de 1991, lo habilita para fijar sus propias reglas de funcionamiento, dentro de lo que por supuesto cabe la libertad de implementar la actuaciones de Conjueces.

Y en segundo lugar, aunque por su etiología la institución del Conjuez corresponde a una figura jurídica reservada para la Rama Jurisdiccional, precisamente para los funcionarios encargados de ejercer la jurisdicción o impartir justicia, nada impide que el Consejo Nacional Electoral acuda a ella pese a ser una órgano que ejerce exclusivamente funciones administrativas. Esa implementación no afecta ni trastoca la naturaleza administrativa de las funciones allí desarrolladas, dado que esos Conjueces solamente están autorizados para cumplir las funciones inherentes al

organismo, que como se vio son eminentemente administrativas, aunque en un plano específico como es el electoral.

Además, la posibilidad de que el Consejo Nacional Electoral pudiera contar con un cuerpo de Conjueces ya había sido contemplada por el propio legislador extraordinario, quien en el artículo 21 del Código Electoral tenía previsto que:

“Artículo 21.- El Consejo de Estado elegirá un cuerpo de conjueces del Consejo Nacional Electoral, igual al doble de sus miembros en forma que refleje la composición política de éste. Cuando se presenten empates, impedimentos o recusaciones aceptados por el Consejo Nacional, o cuando no haya decisión, éste sorteará conjueces. En casos de impedimento o recusaciones, el conjuetz será de la misma filiación política del Consejero separado.”

Ahora, el hecho que la anterior prescripción haya sido tácitamente derogada con la expedición de la Reforma Política implementada a través del Acto Legislativo 01 de 2003, no desdice del planteamiento y antes bien reafirma la tesis según la cual el Consejo Nacional Electoral bien puede acudir a la institución del Conjuetz para efectos de completar su quórum, con la precisión de que ello no confiere competencias jurisdiccionales, pues sirve exactamente al cumplimiento de las funciones administrativas que constitucional y legalmente se le han asignado.

3.- El Caso Concreto:

Retomando lo dispuesto en el numeral 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 “Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral” –acto acusado-, se tiene que el Consejo Nacional Electoral, para dirimir los empates y ante la ausencia del número de votos necesarios para decidir, dispuso que “la Corporación sorteará tres (3) Conjueces a quienes se les asignará el asunto correspondiente, tomarán posesión de sus cargos en legal forma

ante el Presidente de la Corporación y procederán a tomar la correspondiente decisión que se pondrá en vigencia con sus firmas”.

De la redacción del anterior precepto se tiene que, en casos de empate y cuando no se obtenga la votación requerida para que exista decisión, serán 3 Conjueces quienes asumirán el conocimiento del asunto y tomarán la respectiva decisión. Esto implica, necesariamente, que bajo esos supuestos los conjueces ya no actúan *“juntamente con otro en un mismo negocio”*, sino que lo hacen de manera independiente a los titulares de la función constitucionalmente asignada a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, a pesar de que ninguno de ellos está legalmente impedido o inhabilitado para asumir funciones.

Tan peculiar forma de reglamentar el funcionamiento de los Conjueces en el Consejo Nacional Electoral, le resulta a la Sala ilegal. En efecto, según la Constitución y la ley, quienes pueden ejercer las funciones inherentes al Consejo Nacional Electoral son los 9 funcionarios que han sido elegidas por la plenaria del Congreso de la República, previa postulación efectuada por los partidos o movimientos políticos con personería jurídica, quienes solamente pueden separarse del ejercicio de sus funciones, y con ello dar paso a la designación de conjueces, cuando concurra alguna causa legal, como sin duda lo son los impedimentos y recusaciones, porque allí impera la necesidad de dar prevalencia a los principios de imparcialidad y transparencia, el primero con asiento en el artículo 209 de la Constitución, pues la existencia de cualquiera de ellos supone la pérdida de la requerida tranquilidad de espíritu para decidir los asuntos bajo conocimiento, sin que la inclinación por una u otra posición obedezca a razones distintas de las propias convicciones.

Ahora, si bien es cierto que los conjueces son particulares que cumplen funciones administrativas, ello debe ocurrir *“en las condiciones que señale la ley”* (art. 210 C.P.). Así, la reglamentación que sobre los mismos expida el Consejo Nacional

Electoral no puede desconocer que solamente por razones de orden superior, como son garantizar el principio de la imparcialidad y por supuesto la transparencia de la decisión, se permite la separación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral de los asuntos a su cargo, si sobre ellos pesa alguna causal de impedimento o recusación.

Por ser así lo anterior, el diseño que en la norma acusada se le dio a los conjuces resulta ser contrario al artículo 264 Constitucional, puesto que no resulta razonable que un miembro del Consejo Nacional Electoral sea desplazado de sus competencias constitucionales y legales por las hipótesis mencionadas en el acto acusado. En efecto, ni el empate ni la consecución del número de votos necesarios para adoptar una decisión, son razones válidas para desplazar de sus atribuciones a dichos funcionarios y entregárselas a conjuces para que las ejerzan con total independencia de los mismos. Si debiera aplicarse un símil, bien podría decirse que, según las normas citadas en el acápite anterior, en esos eventos lo procedente sería designar un conjuce para que dirimiera el empate, o designar el número de conjuces necesario para lograr la mayoría requerida, pero de ninguna manera impedir a los titulares el desempeño de sus funciones, a pesar de que no están impedidos para intervenir.

Bien claro se dijo arriba que el ejercicio de la Facultad Reglamentaria por parte de las autoridades administrativas debe surtirse con sujeción a los parámetros legales dictados por el constituyente y por el legislador. Sin embargo, además del reparo cualitativo que se acaba de hacer a la inexistencia de causal alguna que impida actuar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral bajo los dos supuestos indicados, de igual forma debe reprocharse que en la expedición del reglamento de la entidad no puede, bajo ninguna circunstancia, disminuirse el número de sus integrantes requerido para conformar el quórum deliberatorio o el quórum decisorio.

Eso es ciertamente lo que pasa con el acto acusado. A pesar de que el artículo 264 Constitucional dispone que el Consejo Nacional Electoral se compone de 9 integrantes, con los cuales debe obrar para la toma de decisiones, en la resolución demandada se permite que sean apenas 3 conjuces quienes conozcan y decidan de los asuntos en que se presente empate o en que no se obtenga la mayoría requerida. Contraría esa disposición igualmente lo previsto en el artículo 20 del Código Electoral, donde se establecen el quórum deliberatorio y el quórum decisorio, pues como bien lo señaló el accionante las deliberaciones, que deben surtir al menos con 5 de sus 9 integrantes, bajo esos dictados pueden adelantarse con apenas 2 Conjuces; de igual forma las decisiones, que constitucionalmente deben asumirse con al menos 6 de los 9 integrantes, pueden asumirse con el voto de 2 Conjuces.

Además, no advirtió el Consejo Nacional Electoral que según lo prescrito en el artículo 20 del Código Electoral, *“las decisiones en todos los casos se adoptarán por las dos terceras partes de los integrantes de la misma”* (Negrillas de la Sala), regla de mayorías que opera tanto si actúan los titulares de la Corporación, como si lo hacen los conjuces, ya que donde el legislador no distingue no le es permitido al intérprete hacerlo.

En definitiva, si bien el constituyente y el legislador reconocieron al Consejo Nacional Electoral la facultad de darse su propio reglamento, la forma como se hizo en el artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, respecto de la actuación de los conjuces, fue contraria a Derecho porque sin razón válida se desplazó a los titulares de la función constitucional y legal, e igualmente porque a través de esa metodología se permitió que fuera un número inferior de integrantes al legalmente establecido el que estudiara y decidiera los asuntos en que se presentara empate o que no se obtuviera la mayoría para adoptar una decisión, violándose así lo dispuesto en los artículos 264 Constitucional y 20 del Código Electoral.

3.2.- *“El Consejo Nacional Electoral en la resolución que se demanda faculta al tribunal electoral paralelo, compuesto por 3 conjuces, para que la decisión adquiera fuerza ejecutoria con la simple firma de quienes la adopten”*

En lo fundamental, el reproche a la legalidad del artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 *“Por medio de la cual se establece el régimen de Conjuces en el Consejo Nacional Electoral”*, se encauza por su violación a los principios constitucionales del debido proceso y de la publicidad, por haberse consagrado allí que la decisión adoptada por los conjuces *“se pondrá en vigencia con sus firmas”*, con lo que se omite el deber de *“ser puesta en conocimiento del administrado que resulte afectado con ella, a fin de que si lo estima a bien ejerza los mecanismos de defensa”*.

El Consejo Nacional Electoral, por su parte, defendió la legalidad de su acto administrativo aduciendo que la omisión en la publicidad de una decisión administrativa no afecta su validez. Luego de citar algunas disposiciones jurídicas alusivas a la publicidad de los actos de la administración, señaló que la obligatoriedad de un acto administrativo de carácter general depende de su publicación en el Diario Oficial, lo que respecto de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 se cumplió en el ejemplar No. 47465 en la Sección Varios.

Evidentemente el problema jurídico suscitado con este debate se circunscribe a establecer si es viable que el Consejo Nacional Electoral ponga en vigencia una decisión administrativa, de carácter general o particular, con sólo la firma de los integrantes de esa colegiatura, sean ellos titulares o conjuces.

De entrada descarta la Sala que los planteamientos esgrimidos por el apoderado judicial del Consejo Nacional Electoral puedan enervar las imputaciones formuladas por el actor. El mismo se basa en una premisa que a pesar de ser cierta,

resulta disonante con la materia en discusión, como dirigiendo la atención de la Sala a un punto ajeno al debate. En efecto, la afirmación de que la publicidad de los actos administrativos no incide en su validez, no es discutida por la Sala porque se aviene al ordenamiento jurídico y porque así lo ha pregonado la jurisprudencia de esta Corporación⁹; sin embargo, decir que por ese sólo hecho y porque la mencionada resolución ya se publicó en el Diario Oficial, no hay lugar a nulidad, es algo que desconoce que la sustantividad de la discusión, que desde luego no gira alrededor de si el acto demandado se publicó o no, o de si las futuras decisiones que asuma el Consejo Nacional Electoral serán válidas o no por el requisito de la publicidad, sino por el contrario en torno a si podía o no el Consejo Nacional Electoral determinar que sus actuaciones entraran en vigencia con las firmas de la respectiva decisión.

Aquí el control de legalidad recae sobre la formulación gramatical de la parte final del artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, en cuanto autoriza que las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional Electoral, con la intervención de conjueces, “*se pon[gan] en vigencia con sus firmas*”, frente a la cual se formulan

⁹ A manera de ejemplo, se cita la sentencia dictada el 4 de agosto de 2007 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el Expediente No. 16.016 adelantado por Alfredo Tascón Aguirre y otro contra el Ministerio de Minas y Energía, en la que se adujo: “...la publicación de los actos administrativos constituye requisito para su eficacia, toda vez que dicha formalidad legal se exige para que tales actos produzcan efectos en el mundo del derecho y la Administración pueda oponerlos a los administrados; así mismo reconocen la existencia del acto administrativo o decisión emanada de la Administración, previamente a ser notificado o publicado; en otras palabras, dichos textos normativos admiten que la existencia y validez del acto administrativo no dependen de su publicidad. La jurisprudencia del Consejo de Estado, en distintos pronunciamientos, ha reiterado que la existencia del acto administrativo precede a la publicación o notificación del mismo; igualmente ha determinado que la ausencia de este requisito no constituye causal de nulidad, por cuanto la validez del acto depende de que éste reúna sus elementos esenciales al momento de su existencia.”. También pueden consultarse, entre otras providencias, las siguientes: Auto de 24 de octubre de 1990, Magistrado Ponente: Diego Younes Moreno, Exp.5298; Auto 23 de octubre de 1991, Magistrado Ponente: Álvaro Lecompte Luna, Exp.6121; auto de 23 de enero de 1992, Magistrado Ponente: Miguel González Rodríguez, Exp. 2884; sentencia de 11 de junio de 1992, Magistrado Ponente: Miguel González Rodríguez, Exp. 1941; sentencia del 31 de agosto de 2000, Magistrado Ponente: Olga Inés Navarrete, Exp. 6073, reiteración de la sentencia del 30 de mayo de 1998, Magistrado Ponente: Hernán Guillermo Aldana, Exp. 1125; sentencia de 21 de abril de 2005, Exp. 14651, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; sentencia C-646 de 31 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

precisas imputaciones, basadas, como ya se dijo, en la violación a los principios constitucionales del debido proceso y de la publicidad. Ahora, como el precepto examinado trata directamente de la vigencia de las decisiones administrativas de esa Corporación, la Sala concentrará su estudio en determinar los efectos que el último de los principios pueda tener en tal regulación, así como las normas de rango legal invocadas en la acusación.

En el ordenamiento constitucional Colombiano se estableció que la función administrativa, puesta al servicio de los intereses generales, debe guiarse, entre otros, por el principio de la publicidad (Art. 209), esto es que no se admite en el Estado Colombiano, como regla general, la posibilidad de que las actuaciones y decisiones de las entidades públicas se cumplan en secreto, sin permitir su conocimiento por parte de los interesados, lo cual repugna a la concepción misma del Estado acogida en el artículo 1º Superior, que entroniza la participación como uno de sus elementos definitorios, y que desde luego se opone también a uno de sus fines primordiales, como es *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”* (art. 2 Ib).

La publicidad, hoy en día, es consustancial al Estado de Derecho, pues si bien está prevista la presunción de legalidad para cada una de las actuaciones de la administración pública, de modo que se suponga que material y formalmente lo decidido se ajusta al ordenamiento jurídico, el control a dicha legalidad presunta, que se inspira en la interdicción de la arbitrariedad de la administración, sólo resulta posible en la medida que los administrados puedan tener acceso a las mismas, que puedan conocerlas, cometido que se logra únicamente si la administración se empeña en hacerlas públicas por los medios legalmente previstos.

Resultaría en extremo difícil para los asociados, si no imposible, el cabal ejercicio de su derecho fundamental a participar en el control del poder político, a través de la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art.

40 lb), si no se les permite el acceso a las actuaciones de la administración pública, cuando ésta no las hace públicas por los medios legales. Así, la publicidad garantiza, en gran medida, que los interesados en la supremacía del ordenamiento jurídico puedan adelantar las acciones pertinentes para asegurar el control objetivo de los actos de carácter general de la administración, e igualmente que puedan realizar un control subjetivo a los actos de la administración que tengan que ver con sus propios derechos.

Ahora, como la publicidad de las actuaciones de la administración pública se vincula directamente con sus efectos jurídicos, advierte la Sala la necesidad de tratar dos elementos íntimamente ligados a este tema, como son la eficacia y la vigencia, que entre sí son bastante afines conceptualmente hablando. La eficacia, entendida como la “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera*”¹⁰, es concebida en el terreno jurídico como la aptitud que tiene una medida para producir efectos, trayendo consecuencias en Derecho para un conglomerado o para una persona en particular; y por su parte lo vigente, que “*Dicho de una ley, de una ordenanza, de un estilo o de una costumbre: [es lo] Que está en vigor y observancia*”¹¹, se entiende en lo jurídico como el momento a partir del cual una medida o decisión se entra a aplicar. Así, la eficacia es a los efectos como la vigencia es al tiempo, ya que la última depende de un factor cronológico, de la fecha a partir de la cual se pone en vigor una disposición, en tanto que la eficacia alude a la oponibilidad, a la exigibilidad de la medida frente a alguien. Sobre el particular ha dicho la Doctrina Constitucional:

“(c) La “eficacia” de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento

¹⁰ *Diccionario de la Real Academia Española.*

¹¹ *Op. Cit.*

jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

(d) La “vigencia” se halla íntimamente ligada a la noción de “eficacia jurídica”, en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. **La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular**¹². El verbo “regir” es utilizado

¹² En este sentido, en la sentencia C-957 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) se afirmó: “En lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos”; y en la sentencia C-084 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se explicó que “la promulgación, como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual ésta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y sólo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley “a partir de su promulgación”, en cuyo caso una vez cumplida ésta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias”. De manera similar, refiriéndose al período de obligatoriedad o vigencia de la ley, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de enero de 1983, estableció: “La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada. (...) ...debe entenderse que la ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Este es el sentido que debe dársele a la jurisprudencia del Consejo y de la Corte cuando uno y otra sostienen que el principio de la promulgación de la ley como condición para su obligatoriedad, admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor

por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido.”¹³ (Negrillas de la Sala)

Nota la Sala que muy a pesar de la gran similitud existente entre la eficacia y la vigencia, las mismas pueden ocurrir en momentos diferentes, ya que para que una decisión administrativa de carácter general, por ejemplo, sea oponible o eficaz, debe ser previamente publicada; mientras que su vigencia bien puede disponerse para una fecha posterior, *verbi gratia* señalando que el acto de carácter general se implementará pasado algún tiempo. En materia legislativa existe igualmente la posibilidad de fijar la fecha de vigencia, pero si no se hace, se aplica la regla general prevista en el artículo 52 de la Ley 4^ª del 20 de agosto de 1913 “*Sobre régimen político y municipal*”, según la cual la ley sólo obliga por su promulgación, que es su inserción en el Diario Oficial, pero “*su observancia principia dos meses después de promulgada*”.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que la norma acusada es ilegal, por lo siguiente:

El artículo 4^º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, que trata de las decisiones adoptadas con la intervención de conjueces, no distingue entre actos administrativos de carácter general y de contenido particular y concreto. Por lo mismo, puede ocurrir que solamente con las firmas de los conjueces, sin la debida

de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trate de normas que imponen obligaciones a los administrados.”. En idéntico sentido, la Ley 489 de 1999, artículo 119, establece: “Publicación en el diario oficial. (...) Parágrafo: Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”. Con la misma óptica se debe leer el artículo 380 de la Constitución Política, que reza: “Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003.

publicidad o notificación, se ponga en vigencia un acto general o un acto particular, con claro detrimento del ordenamiento jurídico.

En efecto, en cuanto a los actos de contenido particular y concreto, sus efectos jurídicos solamente se producen una vez realizada la notificación personal en la forma prevista en el artículo 44 del C.C.A., al interesado o a su representante o apoderado, y una vez haya cobrado ejecutoria la decisión; si tal notificación no es posible, pese a la citación respectiva, se acudirá a la notificación establecida en el artículo 45 ibídem, esto es fijando edicto en lugar público del respectivo despacho por un término de 10 días, insertando allí la parte resolutive de la providencia.

La notificación personal de esos actos, además de permitir el conocimiento de la decisión por los interesados, da lugar a que los mismos, si así lo deciden, interpongan los recursos previstos en la vía gubernativa, es decir los señalados en el Capítulo I - Título II – Libro Primero – Parte Primera del Código Contencioso Administrativo. Con ello se permite el control de las decisiones de la administración y se abre el paso a que se produzca la firmeza de esos actos administrativos, bien porque se hayan decidido los recursos interpuestos o ya porque los interesados no los interpongan (Art. 62 num. 2 y 3 lb).

La eficacia también opera frente a los actos de contenido general, como así lo demuestra el artículo 43 de la citada obra, al prescribir:

“Artículo 43.- Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.” (Subrayas no son del original)

Allí dispuso el legislador extraordinario que ninguna medida de carácter general producirá efectos frente a los particulares si no ha sido publicada por cualquier medio oficialmente reconocido, por lo mismo, carecerá de toda eficacia el acto de carácter general que disponga lo contrario, como claramente ocurre con el artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009, que establece como regla general que las decisiones de los conjuces entren en vigor apenas con sus firmas, sin hacer la menor alusión al deber de la publicidad que previamente debe dársele a las respectivas decisiones.

Pues bien, concluye la Sala que la norma examinada, en tanto determina que la decisión de los conjuces “*se pondrá en vigencia con sus firmas*”, es ilegal porque desconoce el principio constitucional de la publicidad, inherente a la función administrativa, ya que, por regla general, las decisiones administrativas no pueden entrar en vigor ni hacerse oponible a terceros, sin que anteladamente se haya cumplido el requisito de la publicidad, observando desde luego las formas legalmente establecidas para hacerlo con relación a actos generales y a actos particulares.

De igual forma viola el principio al debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, aplicable también a las actuaciones administrativas, porque si el juzgamiento de determinada situación sólo es posible conforme a leyes preexistentes, bien puede ocurrir que una medida de carácter general, adoptada

por los conjueces del Consejo Nacional Electoral, se ponga en vigencia con su sola firma, sin que se haya dado al conocimiento de los administrados.

4.- Conclusiones

Se infiere de lo dicho que los cargos formulados con la demanda son de recibo. El primero, porque se demostró que los integrantes del Consejo Nacional Electoral sólo pueden ser acompañados o reemplazados por los conjueces bajo circunstancias en las que por razones superiores ellos no puedan actuar, como es el caso de los impedimentos o recusaciones, de modo que ellos no pueden ser sustituidos por tales colaboradores de la administración cuando lo que origina su intervención es un empate o no obtenerse el número de votos necesarios para adoptar una decisión; y de igual forma, porque bajo ninguna circunstancia, es posible que el quórum deliberatorio o decisorio de esa Corporación, se reduzca por debajo del legalmente establecido en el artículo 20 del Código Electoral. Y el segundo, porque el acto acusado establece que las decisiones de la entidad, generales o particulares, se pongan en vigencia y produzcan plenos efectos jurídicos, sin que hayan sido publicadas o notificadas, contrariando lo dispuesto en los artículos 2, 29 y 209 de la Constitución, y 43 y 44 del C.C.A.

Por lo mismo, la Sala solamente anulará del precepto las expresiones “tres (3)”, “a”, “se les asignará el asunto correspondiente”, así como “y procederán a tomar la correspondiente decisión que se pondrá en vigencia con sus firmas”. Esto, para conservar al máximo la norma en aquellas partes que no fueron objeto de reproche y respecto de las cuales no se hace pronunciamiento alguno.

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

FALLA

PRIMERO: ANULAR del artículo 4º de la Resolución 0730 del 25 de agosto de 2009 “Por medio de la cual se establece el régimen de Conjueces en el Consejo Nacional Electoral”, expedida por dicho organismo, las siguientes expresiones: “tres (3)”, “a”, “se les asignará el asunto correspondiente”, así como “y procederán a tomar la correspondiente decisión que se pondrá en vigencia con sus firmas”, quedando la disposición así:

“ARTÍCULO CUARTO: Cuando al momento de decidir, en la Sala del Consejo Nacional Electoral se presenten empates, o sobre un asunto no se haya obtenido el número de votos necesarios para adoptar decisión, la Corporación sorteará Conjueces quienes tomarán posesión de sus cargos en legal forma ante el Presidente de la Corporación.”

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión al Consejo Nacional Electoral, para los fines pertinentes.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente
Aclara voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA